

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

L'Œuvre de Raymond Saleilles

EN

DROIT CIVIL COMPARÉ

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le jeudi 26 juin 1919 à 3 heures

PAR

Constant JONESCO

Lauréat de la Faculté de Droit de l'Université de Paris
Avocat

Président : M. WAHL, professeur

*Suffragants : { MM. BARTIN, professeur
RIPERT, professeur*

PARIS

JOUVE & C^{ie}, ÉDITEURS

15, RUE RACINE, VI^e

1919

Thèse
Paris
1919.

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552830_0061

80185

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

L'Œuvre de Raymond Saleilles

EN

DROIT CIVIL COMPARÉ

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le jeudi 26 juin 1919 à 3 heures

PAR

Constant JONESCO

Lauréat de la Faculté de Droit de l'Université de Paris
Avocat

Président : M. WAHL, professeur

Suffragants : { MM. BARTIN, professeur
RIPERT, professeur

PARIS

JOUVE & C^{ie}, ÉDITEURS

15, RUE RACINE, VI^e

1919

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses : ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

A MON PÈRE

A MA MÈRE

THE END

THE END

THE END

L'Œuvre de Raymond Saleilles

EN DROIT CIVIL COMPARÉ

INTRODUCTION

C'est avec une timidité bien légitime que nous abordons l'étude du sujet du présent ouvrage : « *L'Œuvre de Raymond Saleilles en droit civil comparé.* » En effet, cette œuvre brillante et immense du maître ravi à la gloire de la science française si prématurément, déconcerte par l'abondance des idées originales, par la complexité des problèmes qu'elle soulève, par l'éblouissante perspective qu'elle ouvre devant celui qui la considère. Il est donc bien naturel de craindre de ne pas savoir trouver de mots justes et vrais, qui rendent, sans trop la dénaturer, la pensée de celui dont les représentants les plus éminents et les plus autorisés de l'Université de Paris et de la Science française et étrangère parlent avec tant de respect et d'admiration (1).

1. Nous nous bornerons à mentionner ces pieux témoignages d'affection et d'admiration profondes : L. Michoud, *Rev. du dr. public et de la sc. polit. en France et à l'étranger*, XXIX, 1912, pp. 369-378 ; Ambroise Colin, Notice nécrologique dans *le Bull. de la Soc. d'Etudes Législatives*, 11^e année, 1912, p. 5 ; Ballot-

Notre tâche sera, il est vrai, allégée par moments, grâce aux belles études sur l'œuvre du maître, qui nous ont fourni des renseignements très utiles et où

Beaupré, allocution, *id.*, pp. 59-64; Paul Cauwès, Rapp. du Doyen de la Fac. de Dr. de l'Univ. de Paris, au Conseil Académique, 1912, pp. 6-11; Edmond Thaller, *Raymond Saleilles*, 1912, Paris, Arth. Rouss. édit.; P. Imbart de la Tour, *Raymond Saleilles*, 1912, éditions du *Bulletin de la Semaine*, pp. 6-32; F. Lepelletier, Rapp. présenté à l'assem. ann. de la Soc. d'Econ. Sociale, dans *Réforme Sociale*, 1913, LXV, pp. 40-41; G. Teissier, Congrès de la Société d'Economie Sociale; Gino Segrè, *Rivista di diritto commerciale*, II, fasc. IV, Milan; G.-P. Chironi : *In memoria di Raymondo Saleilles*, 1912. Torino, Fratelli Broca, pp. 6-7; Frantz Dahl, *Afdode fremmede Retslaerde*, 1912, Kristiania, dans *Tidsskrift for Retsviderskab*, pp. 490-495; *L'œuvre juridique de Raymond Saleilles*, hommage rendu à sa mémoire par les Universités de France, pp. 537, — *passim* — notamment, pp. 37-38, 238-240, 297, 513, 536, Arthur Rouss. édit., Paris, 1914. Mais, à part ces références, il nous est impossible de ne pas reproduire deux brefs passages : l'un, de l'article nécrologique de M. Albert Tissier, dans la *Revue Trimestrielle de Droit civil*, t. XI, 1912, pp. 293-303 : « ... l'œuvre qu'il a accomplie est considérable, son action a été d'une prodigieuse fécondité; il a été, à la fois, on peut le dire, un très grand professeur et un écrivain d'une rare puissance. Dans la série de nos grands juristes français, on ne saurait trouver une personnalité plus attachante, une plus belle physionomie... combien sont immenses le vide qu'il laisse derrière lui, la place qu'il occupait. » (p. 293); l'autre, de l'étude de M. Eugène Gaudemet, l'un des plus pieux élèves et amis du maître, dans la *Revue Bourguignonne de l'Enseignement supérieur de Dijon*, t. XXII, 1912, pp. 161-263 : « ... cette œuvre est immense. Ceux même qui la croyaient bien connaître lorsqu'ils en ont entrepris le pieux inventaire, sont demeurés surpris de sa diversité et de son étendue. Une liste manuscrite, dressée par M. Saleilles et tenue à jour par lui, jusqu'au moment où la plume est tombée de ses mains, ne mentionne pas moins de deux cent vingt-huit publications : livres, articles, notes, discours, conférences, comptes-rendus d'ouvrages... Et cette liste n'est pas complète; quand la mort a frappé, d'autres travaux, œuvres des derniers jours étaient achevés, en cours d'impression : certains d'entre eux n'ont point paru encore. Aucune branche du droit ne lui est restée étrangère. Historien, philosophe et sociologue, en même

nous avons puisé des indications pour la bibliographie de ses travaux. Mais, à notre humble avis, ces études (1), très fouillées, mais par trop succinctes et

temps que juriste, également apte aux généralisations les plus hautes et aux recherches d'éruditions les plus techniques, spécialiste en toutes les matières qu'il lui plaisait d'approfondir, il n'est pas jusqu'à l'apologétique chrétienne, où il n'ait, avec une autorité reconnue de tous, publié des travaux qui demeurent. Quand on songe que cet effort se renferme dans un espace de vingt-cinq années, que dans le même temps l'auteur a dû suffire aux exigences professionnelles des enseignements les plus variés et absorbants; qu'il a entretenu cependant en France et à l'étranger une correspondance immense; quand on évoque en même temps le souvenir de la lutte terrible, soutenue au cours de cette tâche pendant dix-sept ans contre la maladie qui multipliait ses assauts, sans qu'il voulût jamais s'avouer vaincu, on demeure confus d'étonnement et d'admiration, moins encore pour l'œuvre accomplie, moins encore pour la puissance intellectuelle dont elle témoigne, que pour la force morale, souvent héroïque, dont elle nous laisse l'exemple et le modèle » (pp. 163-164).

1. Cons. *La Fonction juridique du droit civil comparé*, I. Introduction, pp. 927, le livre, malheureusement un peu ancien, de M. Edouard Lambert (1903, Girard et Brière, Paris), qui reprend brièvement les théories exposées par Raymond Saleilles au Congrès International de Droit comparé de 1900 sur quelques-uns des problèmes qui forment la *première partie* de notre ouvrage, c'est-à-dire le contenu du présent volume (caractère, domaine, objet, fonction, méthode d'interprétation et d'enseignement du droit civil comparé), mais qui prête parfois au maître des conceptions vraiment différentes de celles qu'il exprimait en réalité; l'étude précitée de M. Eugène Gaudemet, II^e partie, pp. 211-263, qui touche par endroits, dans la synthèse admirable qu'il fait de l'œuvre générale du maître, différents points de notre sujet, également sans s'y attarder longtemps, enfin la plus récente, la plus complète et — osons-nous dire — la plus savante et la plus fidèle étude sur la question : *Conception, méthode et fonction du droit comparé, d'après R. Saleilles*, par M. Henri Capitant, dans : *L'œuvre juridique de Raymond Saleilles*, loc. cit. pp. 67-115, la seule étude digne réellement d'être prise en considération pour ce qui concerne cette première partie de notre travail, mais qui omet, toutefois, d'exposer les idées du maître sur la méthode d'enseigner le droit civil comparé.

concentrées paraissaient laisser encore un peu de place pour un ouvrage plus détaillé de *synthèse générale et complète* ; car les idées maîtresses de cette œuvre de création vraie, empreinte d'un esprit essentiellement novateur, se trouvaient encore éparpillées dans une foule inombrable d'opuscules de toute nature, ainsi que dans de grands volumes d'érudition profonde.

Voilà donc le but de notre travail. Dégager ces idées maîtresses des travaux de Raymond Saleilles en droit civil comparé, exposer les conceptions du maître sur le caractère, les sources, le domaine, l'objet, la fonction, la méthode d'interprétation et l'enseignement du droit civil comparé, sera la tâche du présent volume. Nous nous proposons d'exposer et d'analyser ultérieurement dans un second volume, les résultats pratiques des applications que le maître a fait de ces conceptions dans quelques-uns de ses travaux spéciaux les plus importants sur des sujets déterminés, pris dans différentes branches d'étude du droit civil comparé. Nous insisterons notamment sur ses idées en ce qui concerne le Code civil allemand, sur la théorie des obligations dans ce Code, sur la déclaration de volonté et sur la personnalité morale. Le présent livre sera naturellement précédé d'un très bref aperçu sur la vie et la carrière de Raymond Saleilles, de l'énumération de ses œuvres de droit civil comparé, ainsi que d'un essai sur l'histoire de cette science, depuis ses origines.

Nous osons ainsi, — très timidement — espérer

que notre travail, qui est beaucoup moins une étude *critique* qu'une œuvre de rassemblement, de rapprochement et de *synthèse générale*, des travaux de Raymond Saleilles dans la science du droit civil comparé, pourra être utile à ceux qui, plus hardis et trouvant la voie ouverte, reprendront, pour des études *critiques*, ces travaux d'une magistrale intelligence, novatrice, primesautière, étonnamment clairvoyante. Et ce sera, sans aucun doute, un pur profit considérable et nécessaire, pour cette nouvelle science qui gagne au jour le jour du terrain solide, qui exige continuellement un plus grand nombre de chaires de droit et de législation comparés dans les Facultés de Droit, qui occupe tous les jours une plus large partie des Revues juridiques et dont l'importance indéniable nécessite la création de nombreuses commissions parlementaires d'étude, des Sociétés de Législation comparée et d'études législatives et de tant de commissions consultatives de législation étrangère, ainsi que celle de nombreux Bulletins et *Annuaire*s.

Nous nous permettons en même temps d'exprimer à cette place, toute notre gratitude sincère, envers ceux qui ont voulu bien nous aider dans l'accomplissement de notre ouvrage, de leurs précieux conseils et de leur indulgence.

Paris, le quinze février 1919.

LA VIE ET LA CARRIÈRE DE RAYMOND SALEILLES.

La vie de Sébastien-Félix-Raymond Saleilles, arrêtée à cinquante-sept ans (1), est le symbole poignant d'une lutte incessante entre le mal physique meurtrier, et la volonté morale indomptable d'une conscience créatrice, lutte d'où, après d'atroces souffrances, la chair l'emporte sur l'esprit, arrêtant en plein rayonnement de gloire la source prodigieusement abondante, qui avait donné à la science française du droit une œuvre admirable, respectée par tout un monde de penseurs et de travailleurs : professeurs, magistrats, avocats, étudiants. Né à Beaune en 1855 ; lauréat et licencié en droit de l'Institut catholique de Paris, en 1879 ; docteur ès-sciences juridiques de l'Université de Paris en 1883 ; agrégé à Grenoble en 1884 ; professeur d'histoire du droit français à l'Université de Dijon en 1892 agrégé à Paris en 1895 ; professeur le 28 novembre 1898 ; enfin, titulaire en 1901 de la chaire de législation

1. Une biographie émouvante et détaillée de Raymond Saleilles se trouve dans la première partie de l'étude de M. Eugène Gaudemet, citée dans l'introduction de ce volume (*loc. cit.*, pp. 165-209).

comparée, créée au cours de doctorat de la Faculté de droit de l'Université de Paris, — Raymond Saleilles n'a cessé un instant le travail surhumain qu'il a déployé largement et inlassablement dans presque toutes les branches du droit, avec une égale et parfaite maîtrise. Ce labeur écrasant est le défi brave et loyal que son esprit a jeté continuellement à la chair faible et malade, qui en 1895, en 1904 et en 1909, faillit par trois fois, en trois coups brutaux et impitoyables anéantir les efforts et les aspirations intellectuelles du maître.

Depuis sa thèse de doctorat, doublement originale et célèbre, soutenue le 5 avril 1883 devant Charles Bufnoir, et ses maîtres admirés, — (1) et dont la première partie est une des toutes premières tentatives faites en France pour y imposer les remarquables théories d'Ihering sur la protection possessoire, — jusqu'à son dernier cours de droit civil comparé, tenu en 1910-1911, dont les deux leçons d'introduction (2) sont un vrai chef-d'œuvre de pensée, Ray-

1. *De la possession des meubles en droit romain et De l'aliénation des valeurs mobilières par les administrateurs du patri-moine d'autrui, en droit français.* Nous nous permettons d'y transcrire la touchante dédicace de cette thèse : « A mon père, à ma mère, à mes maîtres, à mes amis. Je suis heureux de comprendre dans le même témoignage de reconnaissance, Messieurs les Professeurs de l'Ecole de Droit, dont quelques-uns ont bien voulu m'aider de leurs conseils, dont les autres m'ont laissé par leur enseignement un ineffaçable souvenir, et mes maîtres de la Faculté libre de Paris qui, par leur science et leur dévouement, n'ont cessé d'être pour moi, au cours de mes études, les guides les plus sûrs et les plus bienveillants ».

2. Ces deux leçons ont été réunies et publiées dans la *Revue*

mond Saleilles a mis au jour une foule considérable d'écrits — au moins *deux cent trente* — a créé l'union de la magistrature et de l'enseignement, a fondé à Dijon la Société des amis de l'Université et en 1891, la *Revue Bourguignone de l'Enseignement Supérieur* ; dont il écrivit l'article programme, a créé à Paris la Société d'Etudes Législatives et la *Revue Trimestrielle de droit Civil*, en 1902, revue dont il a été « l'infuseur de souffle » (1) avec MM. Esmein, Albert Wahl et Massigli, a dirigé, à côté d'Edmond Thaller depuis 1887 les *Annales de droit Commercial*, a été l'initiateur du Congrès International de législation comparée tenu à Paris en 1900, — source incomparablement féconde de nouvelles conceptions du droit comparé, du *Livre du Centenaire du Code civil*, en deux volumes en 1904, et a été l'âme infatigable de la traduction, par le Comité de Législation étrangère (2), du Code civil allemand en quatre gros volumes (1904) et de la Commission de révision du Code civil. Comment pouvoir rester froid et réservé devant cette fougueuse activité de toute une vie ? Et comment ne saura-t-on être indulgent envers nous, si, déconcerté par cette lumière éblouissante nous ne pouvons peut-être pas voir juste par moments, dans nos essais

Internationale de l'Enseignement, 1^{er}, t. LXI, pp. 5-32, sous le titre : *Droit civil et droit comparé*.

1. Ed. Thaller, dans *l'Œuvre juridique de Raymond Saleilles*, Avant-Propos, p. 7.

2. Institué en 1871 au ministère de la Justice.

de rendre la Pensée du maître ? « Je jette en semence les idées que j'ai dans la tête, il en lèvera ce qu'il pourra », disait-il volontiers, conscient dans son admirable modestie de l'immense quantité de pensée qui *devait* sortir de son esprit au plus vite et dont le désir de voir le jour l'empêchait parfois de retoucher, de ciseler, de « faire plus court ». Cet aveu est peut-être légitime pour ses travaux dans les domaines autres que celui du droit civil comparé, domaines où sa puissance inventive et l'*innovation* continuelle nécessitaient inexorablement une première phase d'« à peu près », d'inachevé, dans le rendu des expressions et le formulé des idées. Mais ses études dans le domaine du droit civil comparé, dans cette branche juridique florissante qu'il a tirée du vague et des tâtonnements et dont il a fixé incontestablement l'assise et tracé les grandes lignes dominantes, sont, à notre avis, très claires et d'une précision souvent sans reproche et, de toutes façons, infiniment moins tâtonnantes et plus « finies » que dans certaines autres œuvres du maître.

Nous voici donc amené à commencer l'exposé des théories de Raymond Saleilles sur la science du droit civil comparé — tâche laborieuse et délicate. Mais, auparavant, il est de toute nécessité, pour mieux pouvoir nous rendre compte de la contribution du maître à cette nouvelle et récente science, de faire un bref exposé de l'histoire du droit civil comparé.

Nous verrons ainsi, à quel moment et sous l'empire de quelles conceptions commence la révolution

profonde crée par cet esprit supérieur, par ce titan de la plume, à la fois dans le domaine, dans les sources, dans la méthode d'interprétation et dans l'enseignement du droit civil comparé. Et nous pourrons alors, peut-être, considérer dans son ensemble, d'une manière synthétique, cette œuvre cardinale, nous pourrons regarder la tache brillante de soleil qu'elle forme au milieu des incertitudes et des obscurités où la science du droit civil comparé s'est débattue jusqu'à ce travailleur forcené, dont on ne sait au juste ce qu'on doit admirer en premier lieu et avec toute la piété : la modestie incurable, la foi inébranlable dans son devoir mené jusqu'au bout, malgré les coups ingrats et implacables de son existence ou le sublime esprit de sacrifice qui enveloppe tous ses efforts vers la lumière...

BIBLIOGRAPHIE DES TRAVAUX

PUBLIÉS PAR RAYMOND SALEILLES, DANS LE DOMAINE
DU DROIT CIVIL COMPARÉ

I. — Travaux concernant les questions étudiées dans le présent volume

1891. — *Le droit commercial comparé*. Contribution à l'étude des méthodes juridiques. A propos d'un livre de M. A. Straffa (*La liquidazione delle Societa Commerciali*). Ann. dr. comm., 1891, t. V, II^e partie, Doctrine, pp. 217-227.
-

1. Pour rendre plus commodes les citations, nous nous servons des abréviations suivantes :—

- An. dr. comm. : Annales de droit commercial français, étranger et international, 1886-1887 et sq., Paris, 14, rue Soufflot ;
Ann. lég. étr. : Annuaire de législation étrangère, publié par la Société de législation comparée, 1872 et sq., Paris, 24, puis 20, rue Soufflot ;
Bull. Sté amis Univ. Dijon : Bulletin de la Société des amis de l'Université de Dijon, 1891 et sq., Dijon ;
Bull. Sté. ét. lég. : Bulletin de la Société d'études législatives, 1901 et sq., Paris, 14, rue Soufflot ;
Bull. Sté. lég. comp. : Bulletin de la Société de législation comparée, 1869 et sq., Paris, 24, puis 20, rue Soufflot ;
D. P. : Dalloz, Jurisprudence générale, Recueil périodique et critique, 1845 et sq., Paris, 19 rue de Lille ;
Nouv. rev. hist. dr. : Nouvelle revue historique de droit français et étranger, 1877 et sq. Paris, 22, rue Soufflot ;
Réf. Soc. : La réforme sociale, 1880 et sq., Paris, 54, rue de Seine ;

1899. — Préface (pp. I-XIII) au livre de M. Fr. Gény :
« Méthode d'interprétation et sources en droit privé
positif », Paris, 1899, A. Chevalier-Maresque, éd. ;
1900. — Congrès international de droit comparé. — *Rap-
port présenté à la Commission d'organisation sur l'uti-
lité, le but et le programme du Congrès*, Bull. Sté lég.
comp., 1899-1900, t. XXIX, pp. 228-236. Reproduit dans :
« Procès-Verbaux et documents des séances » du Con-
grès International de Droit Comparé de 1900, t. I,
pp. 9-17 (Paris 1905, F. Pichon, édit.).
1900. — Rapport d'ensemble résumant les rapports divers
présentés au Congrès International de droit comparé de
1900, sur « *la question du Parlementarisme* », Procès-
Verbaux, id., pp. 69-85 ;
1900. — *Conception [et objet de la science du droit com-
paré]*. (Rapport présenté au Congrès International de
droit comparé de 1900 sur la première question du pro-
gramme). Bull. Sté lég. comp., 1899-1900, t. XXIX,

Rev. bourg. : Revue bourguignone de l'Enseignement Supérieur,
1891 et sq., Dijon ;

Rev. crit. lég. et jur. N. S. : Revue critique de législation et de
jurisprudence, Paris, 24, puis 20, rue Soufflot, nouvelle série,
1871 et sq. ;

Rev. du dr. public : Revue du droit public et de la science poli-
tique en France et à l'étranger, 1894 et sq., Paris, 20, puis
16 rue Soufflot ;

Rev. hist. : Revue historique, 1875 et sq., Paris, 108, Boulevard
Saint-Germain ;

Rev. intern. enseign. : Revue internationale de l'enseignement,
1880, sq., Paris, 20 rue Soufflot, puis 5, quai Malaquais ;

Rev. pénit. : Revue pénitentiaire et de droit pénal, Bulletin de la
Société générale des prisons, 1877-1878 et sq., Paris, 20, rue
Bergère, puis 27, place Dauphine ;

Rev. quest. hist. : Revue des questions historiques, 1865 et sq.,
Paris, 5, rue Saint-Simon ;

Rev. trim. dr. civ. : Revue trimestrielle de droit civil, 1902 et sq.,
Paris, 22, rue Soufflot ;

Sirey : Recueil général des lois et arrêts, fondé par J.-B. Sirey,
1791 et sq., Paris, 22 rue Soufflot.

- pp. 383-405 ; reproduit dans « Procès-Verbaux », t. I, id., pp. 167-189 ;
1900. — Participation aux discussions et échanges de vues du Congrès International de droit comparé de 1900, Procès-Verbaux, ibid., pp. 25-26, 60-61, 86, 94, 109, 110, 112, 117, 137 ;
1900. — *Rapport général* sur les travaux du Congrès International de droit comparé de 1900, ibid., pp. 141-153 ;
1900. — Toast au banquet du Congrès (2 août 1900) ; ibid., pp. 162-164 ,
1900. — Note sur le Congrès, dans la « Revue de synthèse historique », 1900, t. I, pp. 213-217 ;
1902. — *Ecole historique et droit naturel, d'après quelques ouvrages récents*, Revue Trimestrielle de droit civil, 1902, t. I, pp. 80-112. Cette pénétrante étude reprend les idées exposées par : R. Stammler : « *Ueber die Methode der Geschichtlichen Rechtstheorie* » dans « Festgabe zu Bernard Windscheid fünfzigjährigene Doctorjubiläum », Halle, 1888 ; « *Wirtschaft und recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung* » 1896 ; F. Gény : « *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* », 1899, Paris ; O. Bülow ; L. Duguit : « *L'état, le droit objectif et la loi positive* », 1901 ; L. von Savigny : « *Das Naturrechtsproblem und die Methode seiner Lösung* », dans : « *Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche* », — la revue de Schmoller — 1901, pp. 407 sq. ; « *Briefe eines Unbekannten über die Rechtswissenschaft* », 1901, *anonyme*.
1902. — « *Les méthodes d'enseignement du droit et l'éducation intellectuelle de la jeunesse* », rapport au XXI^e Congrès de la Société d'Economie Sociale dans « *Rev. intern. enseign.* », 15 octobre 1902, 2^e, pp. 313-329.
1904. — *Les rapports du droit et de la sociologie*, dans « *Rev. intern. enseign.* », t. XLVIII, pp. 420-432 ;
1904. — *Le Code civil et la méthode historique*. Le Code

- civil, 1804-1904, dans « Livre du Centenaire », Paris, A. Rousseau, édit., 1904, t. I, pp. 97-129;
1909. — *L'origine du droit et du devoir*, conférence à la réunion des étudiants, 104, rue de Vaugirard, Revue Montalambert, 1909, pp. 241-263 ; reproduit dans la « Revue de philosophie », 1909, t. XV, pp. 140-162 ;
1906. — *La fonction juridique du droit comparé*, dans : « Rechtswissenschaftliche Beiträge », Juristische Festgabe des Auslandes zu Josef Kohlers 60^{en} Geburtstag, Stuttgart, pp. 164-175 ;
1911. — *Droit civil et droit comparé*, deux leçons d'introduction faites à la Faculté de Droit de l'Université de Paris, à l'ouverture du cours de droit civil comparé pour l'année 1910-1911 et réunies en une seule, dans la Rev. intern. enseign., 1^o, t. LXI, pp. 5-32.

II. — Travaux concernant les questions que nous étudierons ultérieurement dans l'œuvre de Raymond Salleilles.

1889. — Etude sur la théorie générale des obligations, d'après le projet de Code civil allemand, Bull. Sté lég. comp., 1888-1889, t. XVIII, pp. 166-264, 492-523 ;
1889. — Etude sur les sources de l'obligation d'après le projet de Code civil pour l'Empire d'Allemagne, Bull. Sté. lég. comp., id., pp. 583-670. (Ces deux magistrales études ont été réunies dans le chef-d'œuvre publié en 1890 chez F. Pichon, Paris, sous le titre célèbre : « *Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet de Code civil allemand* », IX + 460 pp. ; la seconde édition, même éditeur, a paru en 1901, sous le titre légèrement modifié : « *Essai sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'Empire Allemand* », XIII + 477 pp.) ;
- 1892-1893. — Les théories allemandes sur les droits qui, au cas de contrat synallagmatique, appartiennent à la partie poursuivie en paiement, lorsque son adversaire de son

côté n'exécute pas ses engagements (exception de refus de paiement pour inexécution ou *exceptio non adimpleti contractus*), Ann. dr. comm., 1892, t. VI, II^e partie : doctrine, pp. 287-296 ; 1893, t. VI, id., pp. 175-216. (Ce travail a été publié en tirage à part, sous le titre : « Du refus de paiement pour l'inexécution du contrat, — étude de droit comparé, 1893, Paris, Arth. Rousseau, édit., 130 pp.

1895. — *Etude sur la théorie générale des obligations dans la seconde rédaction du projet de Code civil pour l'empire d'Allemagne*, Bull. Sté. Lég. comp., 1894-1895, t. XXIV, pp. 721-798 ;
1896. — La transportation en Allemagne, à propos d'une étude récente sur ce sujet (F. Bruck, Neu Deutschland und seine Pioniere, Breslau, Kœbner, 1896), Rev. pénit., 1896, t. XX, pp. 1039-1049 ;
- 1895-1897. — *Etude sur l'histoire des sociétés en commandite*, Ann. dr. comm., 1895, t. IX, pp. 10-26, 49-63 et 1897, t. XI, pp. 29-49 ;
1898. — Notice sur le Code civil pour l'empire d'Allemagne, du 18 août 1896, Ann. lég. étr., 1897, pp. 142-160 ;
1899. — Note sur l'article 54 du Code civil allemand, relatif aux associations dépourvues de personnalité, Bull. Sté. lég. comp., 1898-1899, t. XXVIII, pp. 452-459 ; idem, sur *l'acquisition de la personnalité civile dans le Code civil allemand*, id., pp. 260-281 ;
1899. — Les Associations dans le nouveau droit allemand (Rapport présenté au Congrès sur le droit d'association, tenu à Paris, le 25, 26 et 27 mai 1899 sous la présidence de M. Lamy). Le droit d'association, études, notes et rapports, Paris, Gaume et Rondelet, 1899. p. 229-246 ;
1900. — Le droit au nom individuel dans le Code civil pour l'Empire d'Allemagne (note sur l'article 12 du Code civil allemand), Rev. crit. lég. et jurisp., 1900, N. S., t. XXIX, pp. 94-101 ;
1900. — Notes sur deux articles du Code civil pour l'Empire d'Allemagne (I. Des personnes morales du droit public :

- art. 89. — II. La responsabilité délictuelle des personnes morales : art. 31, Bull. Sté. lég. comp., 1899-1900, t. XXIX, pp. 149-160.
1900. — Note sur la théorie de la capacité dans le Code civil pour l'Empire d'Allemagne, articles 2, 3, 6, du Code civil, Bull. Sté. lég. comp., 1899-1900, t. XXIX, p. 237-245;
1900. — Théorie de l'absence dans le Code civil allemand : notes sur les art. 13-20. Rev. bourg. 1900, t. X, fasc. 2, pp. 113-134;
1901. — Observations sur une communication de M. G. Blondel à la Société de législ. comparée, touchant le Code civil allemand et les ouvriers. Bull. Sté. lég. comp., 1900-1901, t. XXX, pp. 228-241;
1901. — *De la déclaration de volonté*. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand (art. 116-144) Paris, F. Pichon, 1901, XI + 422 pp.;
1901. — *Les personnes juridiques dans le Code civil allemand* (commentaire des art. 21-89). Rev. dr. public, 1901, 1^o, t. XV. pp. 193-250, 428-464; 1901, 2^o t. XVI, pp. 212-264;
1901. — La condition juridique de la femme dans le nouveau Code civil allemand (Rapport au XX^e congrès de la Société d'Economie Sociale, en 1901, sur la condition de la femme), Réf. soc., 1901, 2^o, t. XLII, pp. 90-91, 717-744;
1902. — De la succession paysanne dans l'avant-projet du Code civil suisse (communication à la Société d'Economie sociale. Observations à la suite. Note additionnelle), Réf. Soc., 1902, 2^o, t. XLIV, pp. 144-164;
1902. — Observations dans une discussion de la Société de Législation comparée sur les garanties judiciaires qui existent, dans certains pays, au profit des particuliers, contre les actes du pouvoir législatif. Bull. Sté. lég. comp., 1901-1902, t. XXXI, pp. 240-246;
1903. — Préface au livre de Léon Lyon-Caen : « La femme mariée allemande. Ses droits, ses intérêts pécuniaires »,

- (p. V-XXXIII), Paris, 1903, Arthur Rousseau, édit.;
- 1903 1904. — La théorie possessoire du Code civil allemand, *Rev. crit. lég. et jurisp.*, 1903. N. S., t. XXXII, pp. 592-610 et 1904, t. XXXIII, pp. 33-57 (Traduit en espagnol et publié avec la traduction des « *Eléments constitutifs de la possession* »).
1904. — Mélanges de droit comparé. I. *Introduction à l'étude du droit civil allemand* (à propos de la traduction française du « *Bürgerliches Gesetzbuch* », entreprise par le Comité de législation étrangère), Paris, F. Pichon, édit., 124 pp. (Traduit en allemand avec addition de quelques notes personnelles du traducteur, par le Prof. R. Léonhard, sous le titre : « *Einführung in das Studium des deutschen bürgerlichen Rechts* », Breslau, Marcus, 1905, 125 pp.);
1904. — *Code civil allemand*, promulgué le 18 août 1896, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1900 (traduction faite par le Comité de législation étrangère, avec le concours de la Société de législation comparée), t. I, Paris, 1904, Imprimerie Nationale. Introduction, p. I-XXXIX; lexique, p. XLI-XLIV; livre I, partie générale : art. 1 à 240; livre II, sections I à VI (art. 241 à 432), texte et annotations, 649 pp.;
1907. — Mélanges de droit comparé. II. *De la possession des meubles*, études de droit allemand et de droit français, Paris, F. Pichon édit., III + 351 pp.;
1909. — *Le partage et la transmission intégrale dans le Code civil suisse*, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1909, t. VIII, pp. 537-610;
1910. — *De la personnalité juridique. Histoire et théories* : vingt-cinq leçons du cours de droit civil comparé enseigné en 1907-1908 à la Faculté de Droit de l'Université de Paris, VIII + 678 pp. Arthur Rousseau, édit.;
1911. — Observations dans une discussion de la Société d'études législatives sur le règlement du passif héréditaire, *Bull. Sté. ét. lég.*, 1911, t. X, pp. 107-112, 115 sq.;

1911. — La responsabilité de l'héritier dans le Code civil suisse, Bull. Sté ét. lég., 1911, t. X, pp. 476-512.

Sujets traités par Raymond Salleilles dans ses cours de droit civil comparé, à la Faculté de Droit de l'Université de Paris (Doctorat juridique) :

- 1901-1902. — Les successions *ab intestat* en droit comparé.
1902-1903. — Les successions *testamentaires* en droit comparé.
1903-1904. — Les régimes matrimoniaux séparatistes en droit comparé.
1904-1905. — Les régimes de communauté en droit comparé.
1905-1906. — La possession et les moyens de défense possessoire en droit allemand et en droit anglais. Les modes de transfert et de publicité foncière en droit allemand.
1906-1907. — La propriété et les régimes de publicité foncière en droit anglais.
1907-1908. — Des personnes *juridiques*. Histoire et théories en matière de personnalité (Cours fait par M. Albert Wahl).
1908-1909. — Questions diverses sur les successions, fondement du droit de succession. La vocation héréditaire et la dévolution légale, principalement dans le Code civil allemand et le Code civil suisse. La succession des domaines ruraux et les moyens d'en assurer l'indivisibilité en droit allemand et en droit suisse.
1910-1911. — La responsabilité de l'héritier en droit comparé.

ESSAI SUR L'HISTOIRE DE LA SCIENCE DU DROIT CIVIL COMPARÉ

Il est à peu près acquis que la science du droit civil comparé, — en laissant de côté l'activité des écrivains du moyen-âge (Beaumanoir (1), Bracton (2), Eike de Repgow) qui ont essayé de dégager des traits généraux, de la comparaison des diverses coutumes locales de leurs pays, et à part quelques efforts des écrivains du xvi^e siècle pour dégager, comme programme des libertés politiques « le droit commun des états chrétiens » (3) mouvement d'idées concernant plutôt le droit public, — s'est formée très récemment, en tant que doctrine scientifique ayant un but et une discipline propres et bien définies. D'après l'expression de Sir Frédéric Pollock, professeur à l'Université d'Oxford, dans son rapport présenté au Congrès International de droit comparé de 1900 (4) :

1. Œuvre cardinale : *Coutumes de Beauvaisis* (1280-1283).

2. 1216-1272 ; œuvre cardinale : *de legibus et consuetudinibus regni Angliæ*.

3. Comp Esmein : *le Droit comparé et l'enseignement du droit*, Rapport présenté au Congrès. *Bull. Soc. lég. comp.*, 1899-1900, pp. 373-382 ; Reproduit dans *Procès-verbaux*, I, pp. 445-454.

4. *Le droit comparé. Prolégomènes de son histoire*, loc. cit., I, pp. 248-261 ; tirage à part. Paris, Lahure impr., sans date, 14 pages.

« c'est une science des plus modernes » que « des hommes vivant ont vu naître », et M. J. Kohler, professeur à l'Université de Berlin exprimait à peu de chose près, la même idée : « un produit des sciences juridiques modernes » (1). On n'a donc de point de repère vraiment digne d'être pris en considération en ce qui concerne cette science que dans les temps essentiellement modernes et notamment avec Montesquieu, à qui plusieurs jurisconsultes de valeur (2) font, justement, l'honneur d'attribuer la création du mouvement de pensée qui aboutit au droit comparé. C'est en effet, Montesquieu qui, en tant qu'initiateur de l'idée d'un système de législation comparée a, le premier, envisagé le problème de la réalisation d'une doctrine de politique comparée, réalisation due à l'étude rationnelle et méthodique des institutions anciennes et modernes des différents peuples : « Le plan de Montesquieu comportait deux idées vraiment lumineuses et tout à fait à part du courant des publicistes de l'époque. Il se proposait d'édifier un système de législation et d'institutions comparées, qui s'adaptât aux besoins politiques des diverses formes du gouvernement, en même temps qu'une doctrine de politique et de droit comparés, qui s'appuyât sur une vaste observation des régimes actuellement appliqués dans les divers pays comme aux diverses

1. *De la méthode du droit comparé*. Rapport au Congrès, *id.*, I, p. 227-237.

2. V. le rapport précité de Sir Fr. Pollock et les renseignements donnés par lui à ce propos, *loc. cit.*, p. 249, sq. —

époques » (1). Mais ce très remarquable courant d'idées, languit pendant toute une période de brusques et profondes transformations politiques, du milieu du XVIII^e siècle jusqu'au milieu du XIX^e. Les causes de cet échec prolongé, de cette stagnation du mouvement dont nous parlons sont multiples.

Il faut remarquer d'abord, que, malgré ses conceptions si nouvelles et si originales, Montesquieu n'a pas très clairement distingué le rôle de *l'ordre naturel* d'évolution des diverses institutions sociales qu'il se proposait d'étudier et de comparer ; et, à ce propos, nous nous permettons de reproduire un bref passage du rapport de Sir Fr. Pollock : « Il faut rapporter à telle ou telle phase d'une synthèse historique les faits qui appartiennent à la phase correspondante des autres systèmes, sans quoi l'on court le plus grand danger de se laisser prendre aux fausses analogies ou de se divertir par des contrastes oiseux. Mais le génie de Montesquieu ne lui suffit pas pour lui faire voir l'importance de cette précaution. Il alla donc prendre ses exemples à travers l'histoire universelle... sans se soucier des différences énormes des contextes d'où il les détachait. Nous le voyons sauter de Cyrus à Alexandre, d'Alexandre à Charles XII et faire coudoyer les Espagnols par les Chinois. Quand on n'a pas le respect de la continuité historique, il est impossible d'en faire l'histoire

1. *Id.*, p. 254 ; tirage à part, p. 7 : passage (p. 135) d'une ancienne étude de l'auteur, traduite en français en 1893 sous le titre : *Introduction à l'étude de la science politique*. Paris.

dans son ensemble. Les faits divers ne sont pas les pierres sur lesquelles ont peut fonder le temple de la science » (1).

Mais à part ces défaillances, personnelles à Montesquieu, nous devons rappeler d'autres grands faits qui ont considérablement entravé le développement de la nouvelle doctrine juridique : les difficultés matérielles de toute sorte : distance, ignorance de la langue, des mœurs, de l'esprit de race des peuples étrangers, puis et surtout, les fausses conceptions de la notion du droit, notamment celle de l'école dite du *droit naturel*, fondée sur la raison, sur ce qu'il y a de permanent et d'immuable dans la nature de l'homme — sujet et objet du droit — conception qui pendant une centaine d'années régna dans le domaine des sciences juridiques, écartant les investigations de droit comparé. Ces théories erronées de la nature même du droit, réduisant tout à la volonté et au raisonnement du législateur envisagés comme une source *unique* du droit, reposaient principalement sur l'idée suivante, très clairement exposée par M. Capitant, dans son étude citée dans l'introduction du présent volume : « le rationalisme triomphant écartait dédaigneusement l'observation des faits sociaux, des institutions existantes, déformations grossières de ce droit idéal, dont la raison humaine seule pouvait découvrir les principes éternels, immuables ? A quoi bon étudier les législations des

1. *Id. loc. cit.*, p. 8 ; *Procès-Verbaux*, I, p. 255.

pays voisins, imparfaites comme les nôtres, incapables, par conséquent de révéler le modèle dont on aspire à se rapprocher ? » (p. 69).

Ce fut l'école historique allemande (1) (L. v. Savigny, Puchta, Hegel), qui au commencement du xix^e siècle, essaya d'ébranler cette fausse conception du droit. Elle sut prouver, enfin, que l'origine du droit est dans les rapports concrets des individus, que ce droit lui-même est en étroite dépendance avec les besoins économiques, sociaux et politiques d'une époque et « s'impose dans une large mesure à la volonté du législateur » (2). Mais, malgré cette incontestable marche en avant, l'école historique méconnut, elle aussi, le vrai rôle du législateur, dont l'existence est pourtant indispensable : « autant le rôle du législateur avait été amplifié et exagéré par les rationalistes, autant il fut amoindri, rabaissé par eux. Ils soutinrent, en effet, que l'évolution du droit se faisait d'une façon fatale, inconsciente, indépendante de la volonté de l'homme. D'après eux, le droit élaboré par la conscience collective du peuple, produit du milieu national, en sort pour ainsi dire automatiquement, comme le fruit de la fleur, et l'action humaine, en s'exerçant imprudemment dans ce domaine, ne peut que troubler la marche natu-

1. Sur l'école historique voyez notamment les amples et précieux détails donnés par Raymond Saleilles dans sa pénétrante étude : *Ecole historique et droit naturel* dans la *Revue trimestrielle de droit civil*, I, 1902, p. 80-112. Nous aurons à revenir souvent sur les conclusions de cette admirable étude.

2. Cf. Capitant, *op. cit.*, p. 69.

relle des choses. Le législateur doit donc se contenter de cueillir le fruit quand il est mûr ; toute intervention prématurée de sa part, serait néfaste. De là, l'hostilité des maîtres de cette école pour la codification. De là aussi, pour eux, l'inutilité des études de droit comparé ; car le droit d'un peuple lui est inhérent comme le sang à l'individu, il tient au pays comme l'arbre à la terre ; il a ses traits caractéristiques qui le séparent profondément de celui des autres peuples. Le droit national ne saurait donc convenir à un autre Etat. Il y a des cloisons étanches qui séparent le système juridique des diverses nations (1). » Donc, cette recherche érudite des caractères exacts du passé, s'avouait, faute de moyens d'appréciation et faute de jugement, d'une intervention efficace du législateur, figée sur place, incapable de servir d'élément de progrès et d'évolution. Car le droit naît de l'évolution sociale, qui, loin de se limiter strictement au passé, se continue et se prolonge dans l'avenir. Nous reprendrons un peu plus loin cette idée maîtresse et unanimement acquise, qui nécessite des développements considérables.

Enfin, à côté de ces entraves à l'étude du droit civil comparé, on doit ajouter l'incertitude et la diversité des conceptions, toutes erronées, étroites ou unilatérales, que les jurisconsultes se sont faites du domaine, de l'objet, de la fonction, de la méthode

1. Capitant, *id.*, p. 69-70.

d'interprétation de cette science, et aussi de la manière de l'enseigner, en tant que science *indépendante*, distincte à la fois de la méthode comparative, de la sociologie juridique et de la politique juridique, et aussi en tant que science *auxiliaire* pour ce qui est du droit national — envisagé au point de vue doctrinal et scientifique d'une part, au point de vue pratique de l'interprétation judiciaire d'autre part. Aucune distinction ne fut faite à ce sujet, le chaos le plus parfait régnait dans la doctrine. Cet état de choses dura jusqu'au commencement de la seconde moitié du xix^e siècle.

Ce fut *Ihering* qui mit fin à ce désarroi, d'une façon vraiment maîtresse et avec une autorité indiscutable. Cet érudit de génie fut le premier à affirmer la grande vérité que chaque peuple subit les influences de ses voisins et que ses institutions s'adaptent et se transforment sous l'influence profonde et continuelle de la religion, de l'unité de l'esprit humain, du prestige d'une codification, de la conquête, du commerce international, des grandes découvertes scientifiques qui ont rapproché les hommes et unifié, autant que possible, par cette pénétration réciproque, les conditions économiques, politiques et sociales de la vie des peuples. Voici en effet un des passages de son inestimable livre : *l'Esprit du droit romain dans les différentes phases de son évolution* (1), traduction

1. *Geist des Römischen Rechts, auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Rudolf von Ihering*. Leipzig, 1866, 5 vol. ; conf. p. 8, t. I : « Das Leben der Völker ist kein isoliertes Nebeneinander-

française de O. de Meulenaere, t. I, p. 5 : « ... la vie des peuples n'est pas une existence d'êtres isolés, mais une communauté — comme la vie des individus dans l'Etat, — un système de contingence et de pénétration réciproque, pacifique et belliqueuse, d'abandon et d'appréhension, d'emprunt et de prêt, bref, un gigantesque échange qui embrasse tous les aspects de l'existence humaine. La même loi régit en même temps le monde physique et le monde spirituel ».

Ailleurs (1), et avec une égale autorité, il démontre

bestehen, sondern, est ist wie das der Individuen im Staat, eine Gemeinschaft, ein System der gegenseitigen Berührung und Entwicklung, friedlicher und feindlicher ein Geben und Nehmen, Entleihen und Mittheilen, kurz, ein grossartiges, alle Seiten des menschlichen Daseins umfassendes Austauschgeschäft. Dasselbe Gesetz, welches für die leibliche Welt gilt, besteht auch für die geistige». Cf. aussi, Louis Josserand : *Conception générale du droit comparé*, dans *Procès-verbaux*, t. I, p. 237 et sq : « Sur le terrain du droit, pas plus qu'en matière d'économie politique, science, littérature, mœurs, aucune nation ne peut prétendre aujourd'hui à l'isolement ; chaque peuple est tenu de suivre l'influence de ses voisins, sur qui il exerce à son tour la sienne, dans la mesure de sa vitalité et de son énergie. Ainsi s'efface, par une pénétration réciproque et constante l'originalité de chaque type législatif et s'élargit donc le domaine du droit commun universel... un droit naturel concret, de formation empirique, qui se dégage des faits et demande la route à suivre, non point à des considérations philosophiques souvent incertaines et décevantes, mais à la vie juridique universelle et aux étapes que franchissent de concert les diverses législations » (pp. 242-243). Sur cette nouvelle conception du droit naturel voyez surtout les conclusions de Raymond Saleilles dans : *Ecole historique et droit naturel*, loc. cit., pp. 86-88, conclusions que nous développerons plus loin, en parlant de la *fonction juridique* du droit civil comparé.

1. *Histoire de l'évolution du droit romain*, trad. Meulenaere, 1900, p. 25 (*Entwicklungsgeschichte des Römischen rechts, aus dem nachlass herausgegeben*, œuvre posthume, 1894, Leipzig,

que le droit n'est pas une « émanation mystérieuse juridique, il n'est pas le résultat d'une sourde gestation dont l'historien n'a pas à rechercher l'origine, il est l'œuvre de la volonté et du calcul humain, qui, à chaque étape du développement social ont cherché à réaliser un progrès. L'histoire du droit est l'histoire de la pensée humaine, dirigée vers la réalisation pratique des conditions de vie de la collectivité humaine. Dans ce sens tout droit sur la terre a été *fait* ; s'il apparaît parfois *spontané*, ce n'est qu'une apparence ; c'est que nous ne pouvons découvrir les phases successives de sa création... A la théorie de la formation *inconsciente* du droit (1), j'oppose celle d'une création *consciente* (2) ».

p. 28 : « Das Recht ist kein Ausfluss der naiv im dunklen Drang schaffenden Rechtsgefühls jenes mystischen Vorgangs, welcher dem Rechtshistoriker jede weitere Untersuchung abschneiden und ersparen würde, sondern es ist das Werk menschlicher Absicht und Berechnung, die auf jeder Stufe der gesellschaftlichen Entwicklung das Angemessene zu treffen bestrebt war. Die Geschichte des Rechts ist die Geschichte des menschlichen Denkens in Bezug auf die praktische Verwirklichung der Lebensbedingungen der menschlichen Gemeinschaft. In diesem Sinne, ist also alles Recht auf Erden *gemacht* worden, der Schein des Werdens beruht nur darauf, dass uns der Einblick in das Machen in vielen Fällen versagt ist... Der Lehre von *unbewussten* Werden des Rechts, setze ich meinerseits, um es einmal in aller Schroffheit auszudrücken, die des *bewussten* Machens entgegen »).

1. Voir les conceptions, indiquées plus haut, de l'école historique allemande à laquelle Ihering donne le coup de grâce.

2. Voir aussi, entre une foule d'auteurs — la doctrine est enfin presque unanime à reconnaître le *rôle vrai* du juriconsulte — les paroles du professeur J. Kohler au Congrès (*op. cit.*, p. 227) : « ... chaque juriste, tout en conservant le sentiment de sa nationalité propre, se sent en même temps citoyen de l'humanité et perçoit, au fond de lui-même les pulsations communes à tous les

C'est dans cette situation indécise (1), c'est sur ces conceptions obscures, éparses, contradictoires pour

peuples... » — et celles de M. Capitant (*op. cit.*, p. 73) : «... le jurisconsulte pourrait-il, sans faillir à sa mission d'éducateur, ignorer comment l'institution juridique qu'il étudie est réglementée et fonctionne dans les pays voisins ? Comment aurait-il la prétention de diriger l'élaboration scientifique du droit national, s'il néglige de parti pris les leçons qu'il puisera dans cette comparaison. « N'est-ce pas lui, qui doit, par ses études et ses travaux, préparer l'adoption de la règle nouvelle, afin qu'elle ne soit ni prématurée, ni trop lente, et surtout en assurer la fusion, l'assimilation dans le système juridique national ? ». V. encore Lambert : *la Fonction juridique du droit civil comparé*, I. Introduction, 927, pp. Paris 1903, Giard et Brière, édit., p. 2. — «... il lui est impossible de discerner s'il ne possède une connaissance solide de l'histoire interne de chacune des législations rentrant dans les cercle de ses recherches, dans quelle mesure les divergences qui séparent à l'heure présente ces législations, tiennent à des accidents éphémères où à des causes profondes et durables », et Raoul de la Grasserie, Rapport au Congrès de 1900 : *Concept général et définition de la science du droit comparé*, procès-verbaux, t. I, pp. 220-221 : « On s'accoutume déjà à la consulter (la législation étrangère) lorsqu'il s'agit de rédiger un projet de loi et il est rare que le travail du rapporteur ne contienne un tableau succinct de toutes les solutions des législations, sur le point dont il s'agit ; le législateur ne distingue plus au hasard, la législation comparée est la boussole ».

1. Il y a lieu à signaler ici les faits qui, entre temps, ont essayé de donner un essor plus ample à cette nouvelle science, avant Saleilles : la fondation de la Société française de législation comparée (1^{re} séance tenue le 16 février 1869), à Paris et la publication de son précieux bulletin, depuis le 1^{er} mars 1869 ; en Belgique la fondation de *la Revue de droit international et de législation comparé* (Gand, 1869) ; à Londres, la création en 1895 de la « Society for comparative legislation », avec Henry Sumner Maine, et de son *Journal of the Society...* en 1896 ; en Allemagne, en 1878, la « Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft » avec Bastian, Bachofen, Goldziher, Kohler, professeur Bernhöft, Post (« Grundriss der ethnologischen Jurisprudenz » et « Bausteine für eine allgemeine Rechtswissenschaft », Stuttgart) et en 1894 la « Internationale Vereinigung für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre » et son bulletin : « Jahrbuch der internationalen Vereinigung für... », Berlin 1895, ainsi que la

la plupart, qu'intervient la pensée de Raymond Saleilles. Et cette pensée, après des efforts incessants, où le maître s'était dépensé prodigieusement, démolissant, éclaircissant, rangeant, groupant, synthétisant, parvint à dominer sur tout le terrain du droit comparé : son existence même — indispensable — à côté du droit national, son caractère, ses sources, son domaine, son objet, sa fonction et sa méthode d'interprétation, ainsi que la façon d'enseigner cette nouvelle science, tout fut rendu bien clair et bien précis par Raymond Saleilles. Nous essayerons, dans la mesure de nos forces, de suivre, dans les chapitres qui vont se succéder, pas à pas, l'évolution de cette belle pensée, si originale et si profondément juste, depuis ses toutes premières manifestations, jusqu'à l'étude dernière : *Droit civil et droit comparé* énoncée plus haut, qu'il a faite paraître en 1911 dans la *Revue Internationale de l'enseignement* (1) où elle se cristallise merveilleusement et définitivement. Mais c'est surtout son activité infati-

« Gesellschaft für vergleichende Rechts- und Staatswissenschaft (1893) et son bulletin « Mittheilungen der Gesellschaft für... », 1895, et la revue du professeur Grünhut « Zeitschrift für das Privat-Oeffentliche Recht der Gegenwart » ; et en Suisse (Zurich), la publication d'un recueil bibliographique : « Institutionen der vergleichenden Rechtswissenschaft », par le professeur Méli, Stuttgart, Enke, 1898.

1. Cette étude, ainsi que nous l'avons déjà indiqué plus haut, contient deux leçons d'introduction à son dernier cours de droit civil comparé (1910-1911). Comme on sent le maître paternel et bienveillant, dans cette dernière et magistrale œuvre et comme il choisit pour ses chers étudiants les phrases les plus claires, les termes les plus propres et les plus intelligibles.

gable au Congrès International de Législation comparée, tenu à Paris pendant l'Exposition Universelle de 1900, du mardi 31 juillet au samedi 4 août, qui sera le point central de notre étude présente. Raymond Saleilles fut l'âme de ce Congrès (1), dont les travaux ont été très salutaires, principalement en ce qui concerne l'accord sur la fonction juridique du droit civil comparé et sur les méthodes « qui doivent présider tant à l'étude qu'à la constatation du droit étranger, qu'à la pénétration spontanée ou voulue des différentes législations les unes par les autres ». Le maître eut à combattre des théories nombreuses et parfois, fort peu rapprochées les unes des autres, il le fit avec un tact parfait, avec une courtoisie inlassable, mais avec une fermeté et une précision vraiment admirables. Il rédigea quatre rapports, cités plus haut dans la bibliographie — dont le deuxième : « Conception et objet de la science du droit comparé (2) » domine tous les travaux du Congrès, présente de très nombreuses observations au cours des séances et sut dégager de ces discussions savantes entre les plus autorisés représentants de la science étrangère et française du droit, les principes directeurs qui régissent cette science nouvelle, l'accord et l'harmonie entre les conceptions remarquables des

1. Le Congrès fut divisé en six sections, dont ce fut la première qui élabora l'ensemble de la théorie générale du droit civil comparé.

2. Publié pour la première fois dans le *Bulletin de Soc. lég. comp.*, 1899-1900, p. 383-405; reproduit dans « Procès-Verbaux et documents des séances », 1905, t. I, p. 167-189.

sociologues et des jurisconsultes qui ont pris part au Congrès. Ce résultat fondamental, permit l'étude, d'après la méthode comparative, des problèmes les plus essentiels du droit criminel, du droit commercial et du droit international, chose qui fut faite par les sections du Congrès, autres que celle qui élabora, à elle seule, les vues d'ensemble sur le sujet du présent volume, et dont Raymond Saleilles fut le plus brillant et le plus laborieux artisan.

PREMIÈRE PARTIE

CARACTÈRE, DOMAINE, OBJET, FONCTION, MÉ-
THODE D'INTERPRÉTATION ET D'ENSEIGNEMENT
DU DROIT CIVIL COMPARÉ, D'APRÈS LES CONCEP-
TIONS DE RAYMOND SALEILLES

CHAPITRE PREMIER

Conception générale, domaine et objet du droit civil comparé.

Raymond Saleilles commence par mettre au point les théories nouvelles d'Ihering, esquissées au milieu du précédent chapitre, théories dont il adopte le principe vrai et très conforme à la nature même du droit et à son évolution réfléchie et consciente.

Les deux manières importantes du maître, d'étudier le droit en tant qu'*historien* (1) et en même temps en tant que *juriste* (dans une harmonie continue et sans que jamais le rôle de l'un empiète sur celui de l'autre) lui permettent de se rendre compte tout de suite du profit que l'utilisation du droit civil comparé peut donner à la création du droit national, de l'aide considérable que cette nouvelle discipline juridique peut donner à ceux « dont la mission consiste, comme on disait jadis, à « *faire le droit* ou à *dire le droit* ». Il est encore plus catégorique que ses précurseurs, — cités plus haut dans le

1. Rien n'échappe à l'histoire... le droit moins que toute autre science (*Origine du droit et du devoir*, cité dans la Bibliographie, loc. cit., p. 241).

chapitre précédent, — dans l'affirmation de la vérité « inéluctable », que les influences des lois des imitations collectives sont indéniables : « chaque peuple, d'un même cycle de culture arrive tôt ou tard à éprouver les mêmes besoins économiques et sociaux et se met à la recherche de modifications juridiques et institutionnelles, qui correspondent à ces besoins nouveaux » (1). Mais ces modifications doivent être accomplies avec une extrême prudence suivant une méthode mûrement réfléchie et ayant un caractère vraiment social et scientifique : «... la concentration qui est la loi de l'histoire, et que nous avons vue à l'œuvre, dès l'origine, sur le terrain du droit, nous voulons la réaliser nous-mêmes, par une application consciente et vraiment scientifique des lois qui la dirigent, au lieu d'en laisser les résultats se produire au gré des forces aveugles qui mènent le monde. Car le problème n'est pas de savoir si l'évolution universelle du droit aboutira ou non à réaliser sur ce terrain une sorte de pénétration et de rapprochement analogues à ceux qui se manifestent pour tous les autres éléments de la civilisation, si l'on excepte peut-être, les croyances religieuses : le point est certain. Il revient beaucoup plutôt à se demander si les hommes dont la mission consiste

1. *Droit civil et comparé, loc. cit.*, p. 26. — *Idem*, p. 28 : « il n'y a plus à s'étonner qu'en dépit de nos nationalismes intransigeants, le fonds commun de notre psychologie humaine conduise à des rapprochements et à un parallélisme presque symétrique, lorsqu'il s'agit de nations dont l'état de civilisation et de culture soit parvenu au même stade de développement.

comme on disait jadis à « faire le droit » ou à « dire le droit », laisseront ce mouvement se produire en dehors d'eux, par des moyens purement aveugles et empiriques, au hasard des circonstances ou à celui des prépondérances de races, sans autre référence à la valeur sociale des matériaux apportés de bric et de broc à l'édifice qui se construit ou s'ils prendront conscience de l'œuvre qui se fait, pour la diriger eux-mêmes, suivant une méthode de caractère vraiment scientifique et social » (1).

Nous allons voir comment dans la conception du maître, peut-on réaliser l'harmonie dont nous parlions plus haut, comment l'historien doit marcher à côté du juriste dans l'élaboration du droit civil comparé.

Tout d'abord, Raymond Saleilles est un fervent adepte de la méthode historique. Il distingue à ce propos, nettement, *l'école* historique de la *méthode* historique et en trace les différences d'une manière saisissante : *l'école* historique, école de l'immobilisation, qui, s'en tenant au droit romain initial ne fournit au droit aucun élément de transformation, méconnaît l'influence réelle de la coutume, de la doctrine, de la jurisprudence, organes qui adaptent l'abstrait au concret et montrent « ce que doit être le droit, lui donnant ainsi la possibilité de se déve-

1. *La Fonction juridique du droit comparé*, dans *Rechtswissenschaftliche Beiträge, Juristische Festgabe des Auslandes zu Josef Kohlers 60^m Geburtstag*, Stuttgart, 1909, pp. 172-173. Cf. Capitant, *op. cit.*, pp. 73-74.

lopper et d'évoluer. La *méthode* historique, au contraire, scientifique par excellence, faisant totale abstraction des éléments subjectifs, des déductions tirées d'un raisonnement abstrait en matière d'applications sociales, ne considère que les faits, les *réalités* qu'elle plie à la raison, à la justice, à l'idéal, qu'elle classe et groupe et d'où elle déduit des lois générales en mettant le droit en conformité avec la vie. Il faut donc voir le droit par son côté historique et l'envisager comme « la résultante d'une lente et longue évolution » (1), comme une incessante adaptation aux changements produits dans le milieu social et qui n'est nullement arrêtée par la condensation des règles légales en formules précises énoncées dans un Code. D'après Raymond Saleilles donc, la comparaison des législations des peuples arrivés à un même stade de civilisation est *le complément de l'histoire* (2) et « nous révèle l'élaboration du droit dans le présent, tandis que l'histoire nous en déroule le tableau à travers les siècles » (3).

1. Capitant, *op. cit.*, p. 74.

2. Rappelons l'expression de M. Charles Bufnoir : « le droit comparé, c'est l'histoire réduite dans le temps à un point : la comparaison des choses présentes ; l'histoire, c'est le droit comparé appliqué à l'évolution des institutions, à la comparaison des choses successives », et « il n'est que le prolongement dans le présent de ce qui constitue l'histoire dans le passé ; c'est de l'histoire qui se réalise, consciemment, par l'étude des réalités des choses, des transformations économiques et sociales » (*Bull. Sté lég. comp.*, janvier 1891, t. XXX. pp. 65, 66 et sq.).

3. Cf. Capitant, *ibid.*, p. 75. — Comp. aussi Saleilles : « ... c'est de l'histoire qui se réalise ; et qui se réalise non pas sous la forme d'une évolution inconsciente et empreinte d'un fatalisme dépri-

Mais, en même temps — la tâche de l'historien mise à part — Raymond Saleilles, pénétré de l'harmonie et de la cohésion entre l'évolution sociale et l'évolution juridique, n'oublie point la tâche du juriste, considérable également, et parfaitement distincte de celle de l'historien, dans l'élaboration de la science du droit. Et c'est précisément ce fait, d'avoir minutieusement distingué et délimité les rôles de l'historien qui « ne doit pas limiter ses études aux révélations du passé et méconnaître l'efficacité des actions législatives... ne doit pas s'incliner devant les manifestations spontanées de la conscience collective » (1), et ceux du juriste, qui doit mettre de l'ordre et de l'harmonie entre les besoins impérieux de stabilité des relations humaines et l'évolution continuelle de cet organisme vivant, mouvant et plastique, qu'est le droit (2), qui constitue son plus

mant et humiliant pour l'humanité, mais sous la forme d'une direction consciente et voulue, susceptible d'orientation scientifique » (*Bull. Sté lég. comp.*, 1889-1900, p. 395).

1. *École historique et droit naturel*, loc. cit., pp 80 et sq.

2. *Id.*, p. 94 : « Que le droit se transforme en dépit de toutes les résistances et de tous les éléments de conservation et de permanence qu'il consolide en lui et autour de lui, c'est une loi aujourd'hui démontrée et qui ne peut soulever désormais aucune objection sérieuse. Que cette transformation se fasse sous la poussée des forces sociales incessamment changeantes, sous l'influence débordante des intérêts en conflit et des classes toujours en lutte pour la satisfaction de leurs ambitions et de leurs aspirations économiques, c'est là, également une vérité des plus évidentes et qui tend à introduire dans cette marche progressive du droit un élément de fatalisme que l'on a eu tort de croire exclusif, mais devant lequel tout le monde est d'accord aujourd'hui pour abaisser la raison déductive, celle qui se laisse conduire par des abstractions et qui veut tirer les faits d'une idée de raison, au lieu d'adapter la raison aux faits. »

grand mérite et qui forme le fondement de toute sa technique juridique, si nouvelle, si vraie, « à la fois audacieuse et conservatrice, progressiste et prudente, soucieuse de reconstruire, à mesure qu'elle repoussait les procédés d'interprétation de l'école classique » (1).

Cette franche conciliation, cette adaptation légitime et étroite de la règle de droit au développement continu de la vie sociale, Raymond Saleilles veut l'accomplir, sans aucun sacrifice pour aucun de ces deux aspects, à première vue antinomiques, du grand problème juridique. « Le Droit », nous dit-il encore dans une Conférence sur les rapports du droit et de la sociologie (2), « est une science des faits, une science du dehors, qui, comme toutes les sciences, puise dans la nature des choses ses éléments premiers de formation... Toute résultante de la vie col-

1. Capitant, *op. cit.*, p. 75. Cf. encore Ed. Thaller : « Avant-Propos », dans *l'Œuvre juridique de Raymond Saleilles*, *loc. cit.*, pp. 18-19 : «... le droit évolue et change. Il doit avoir cependant son fondement dans la morale qui, elle, est universelle, immobile et stable. Le but que l'institution poursuit n'est pas seulement une utilité qui varie, mais la justice qui demeure »..., et plus loin, p. 22-23, en parlant de Saleilles : il « veut qu'on fouille les institutions dans leurs fondations concrètes. Le recours au droit naturel n'est souvent qu'une échappatoire pour n'avoir pas à connaître les exacts rapports des lois avec les hommes. De là la défiance qu'il éprouve, à certains moments, pour ce droit ; il dirige toutes ses batteries de combat contre le maintien de l'immobilité dans la science du droit. Tout est à essayer, plutôt que cette sorte de léthargie ou de pétrification, par l'incessante répétition des mêmes choses, sans explication vraiment humaine et sociale ».

2. *Revue internationale de l'Enseignement*, t. XLVIII, 15 nov. 1904, p. 420-432.

lective organisée, que nous appelons la vie sociale, est une résultante juridique... La vie n'est possible que par la coordination des activités individuelles, toute coordination implique un mécanisme régulier... une réglementation d'ensemble ; et les règles qui gouvernent un petit groupement humain, c'est ce que nous appelons une institution juridique. C'est ce qui constitue le droit » (p. 422) ; et un peu plus loin « ... *si donc il est vrai que le droit, une fois constitué, domine le fait et le dirige, il n'est pas moins exact que le droit sort du fait, où il préexiste virtuellement aux formules qui le révèlent* » (p. 427). Combien clair ne nous apparaît maintenant le procédé du maître, si différent de tous ceux qui, avant lui, avaient sacrifié toujours ou bien l'idée de développement à l'idée de règle, ou à l'inverse, l'idée de règle à celle d'évolution.

L'évolution des principes juridiques est donc, dans la conception de Raymond Saleilles tour à tour modérée et stimulée par la méthode *historique*, — par cette méthode à deux faces, souverainement hardie et respectueuse du passé et des faits acquis, — à laquelle vient se joindre la méthode *comparative*, qui, elle aussi, répond à la fois au besoin de sécurité du droit et à son évolution naturelle. Cette dernière méthode, repose sur la vérité autrefois très contestée que les peuples — pris à un même degré de civilisation, à un même degré de vie sociale, ont des institutions qui présentent des caractères communs, du moins dans les éléments qui en constituent

le fondement — et que les historiens du droit peuvent essayer légitimement de combler les vides que leur présentent les institutions d'un peuple, par des applications empruntées aux institutions des pays similaires. On doit nécessairement tenir compte de *l'identité des lois* qui régissent l'évolution sociale et en même temps de l'influence des courants d'imitation et d'assimilation, entre les peuples voisins ou arrivés à un même degré d'évolution sociale. « La méthode historique » ajoute-t-il (1) « ne consiste pas seulement à observer ce qui se passe dans un pays, mais à constater toutes les pénétrations et réactions réciproques qui se produisent entre conceptions scientifiques d'origines diverses... Toute science est forcément internationale et universelle. Le droit ne peut être une science véritable, qu'à la condition de classer les phénomènes juridiques, quelle qu'en soit la provenance, de les rapprocher et d'en déduire la synthèse générale. »

Nous voici donc en plein développement des idées du maître. Nous citerons un passage de son deuxième rapport au Congrès de 1900 (2) qui résume très fidèlement les grandes lignes de sa théorie : ce sera notre point de départ pour suivre succinctement la marche de sa pensée : « Il s'agit de rechercher, pour une institution déterminée, non pas quelle est la meilleure loi en soi, ce qui était le propre du droit naturel, tel

1. *Le Code civil et la méthode historique*, loc. cit., p. 127.

2. *Bull. Sté. lég. comp.*, 1899-1900, pp. 384-385.

qu'on le comprenait jadis ; ni même, qu'elle serait, de toutes les lois qui la régissent à l'étranger, la meilleure par ses résultats, ce qui serait encore insuffisant, parce que l'application d'une loi et les résultats qu'elle donne dépendent de l'état social auquel elle se trouve adaptée ; mais bien, dans quel sens doit se faire, d'après la comparaison du droit étranger, l'orientation juridique pour un état social donné.

« En d'autres termes, il s'agit de faire la critique, pour une institution déterminée, des différentes législations qui la régissent en les étudiant d'après leur fonctionnement et leurs résultats et en tenant compte de l'état social auquel elles s'appliquent. Le droit comparé, ainsi conçu nous apparaît comme une science qui se constitue à l'état indépendant, avec son objet propre, ses lois et ses méthodes.

« Mais, à un autre point de vue le droit comparé peut être envisagé non plus à l'état de science principale, mais comme science *auxiliaire* par rapport à une branche juridique déterminée. C'est lorsqu'il s'agit d'adapter les résultats ainsi fournis par la science du droit comparé, tel que ce dernier vient d'être précisé, à une législation donnée, adaptation qui peut se faire soit par voie *doctrinale*, ce qui est le fait de l'enseignement, soit par voie *jurisprudentielle*, ce qui touche aux questions d'interprétation, soit par voie *législative*, ce qui est le propre de la politique législative pour un pays déterminé. »

Mais avant de pénétrer au cœur même de cette

première partie de notre ouvrage, il y a lieu tout d'abord à faire des éliminations et des distinctions préalables et nécessaires. Nous saurons ainsi, par la suite, la signification précise des différentes expressions que nous emploierons et qui présentent entre elles une déconcertante similitude de sens, qui est pourtant loin d'être réelle. Il s'agit de définir et de séparer nettement les domaines, les disciplines scientifiques qui emploient, comme le droit civil comparé, les méthodes énoncées plus haut, mais pour obtenir des résultats et pour atteindre des buts différents de ceux qui restent propres au droit comparé. Cette opération est d'ailleurs faite au commencement de son rapport précité, au Congrès : « Conception et objet de la science du droit comparé » par Saleilles, qui, avec beaucoup de justesse, distingue la notion de *droit comparé*, en tant que science *indépendante*, D'UNE PART, de l'*histoire comparative des institutions des peuples*, de la *sociologie* et de la *politique juridique* ou *législative* (1), D'AUTRE PART, de celle de *législation comparée* et de *droit étranger*.

Reprenons un instant ces distinctions.

Le *droit comparé*, diffère donc d'abord de l'*histoire comparative des institutions des peuples*, pris à des moments déterminés, dans leur évolution. Ce domaine scientifique a pour but la recherche des « caractères communs du fondement des institutions

1. Expression de M. Antor Menger (*Geetzgebungspolitik* en allemand), adoptée dans le langage juridique français.

juridiques des peuples arrivés au même degré de civilisation et dont l'état social soit sensiblement similaire (1) » en tenant compte des deux faits exposés plus haut, à savoir, de l'identité des lois qui régissent d'une façon uniforme et inévitable l'évolution sociale, et de l'esprit d'imitation des peuples, faits dont l'existence est incontestable. « Il est aussi anormal d'isoler un peuple de l'humanité, qu'il serait radicalement faux d'étudier l'individu en dehors de la société. Les rapports de peuple à peuple sont essentiellement différents de ceux qui existent entre les individus vivant dans le même groupe social. Mais, pour être distincts, ils n'en ont pas moins une action incessamment agissante : et ces rapports sont à leur tour, aussi puissamment créateurs de droit que peuvent être les relations d'individu à individu (2). » Mais, dans le fait de rechercher, simultanément, dans le temps et dans l'espace, d'après les faits actuels et communs, l'histoire des fondements primitifs des groupements humains, l'histoire comparative (3) se limite à des constatations *de fait*, purement spéculatives et ne crée *aucun* élément de *construction juridique*, aucun élément d'amélioration

1. *Bull. Sté lég. comp.*, 1899-1900, p. 385.

2. *Id.*, p. 387. Comp. aussi : J. Kohler : « De la méthode du droit comparé », rapport cité plus haut : « ... *il s'agit de considérer chaque droit national comme un membre adéquat de la civilisation humaine et d'examiner son rôle, par rapport au développement de l'humanité* » (en italiques dans le texte, *loc. cit.*, p. 230).

3. Sir Henry Sumner-Maine donne à ce domaine scientifique le nom assez pittoresque d'*archéologie juridique*.

du droit existant. De même, elle est dégagée également de toute préoccupation juridique proprement dite, quand elle détermine la part de l'élément *local* et celle de l'élément progressif *général*, dans sa conformité avec les nécessités économiques et sociales, dans le développement des institutions étudiées. Elle peut, tout au plus être envisagée comme une branche de la sociologie, sans poursuivre aucun but utilitaire et sans « aucune fin pratique » (1). Le *droit comparé*, tout au contraire, loin de planer « en pleine impassibilité et en pleine indifférence scientifiques » (2) a un but non plus de « pures constatations historiques (3) » et sociologiques d'observation passive, mais *d'action*, de progrès, d'amélioration des constructions juridiques. Ce but lui est propre ; de sorte que l'histoire comparative des institutions des peuples n'apparaît que comme une face, un élément, ou plutôt un *instrument*, un des *moyens d'agir* du droit comparé. Nous reviendrons bientôt sur ces nuances.

En second lieu, le *droit comparé* diffère, dans la conception du maître, de la *sociologie*. Cette science, essentiellement récente, d'observation pure (*l'absolu de la science*, selon le mot de Saleilles) peut ressembler parfois à l'histoire comparative des institutions des peuples, lorsque celle-ci cherche à définir et à

1. Cf. Capitant, *op. cit.*, p. 84.

2. Saleilles, *la Fonction juridique du droit comparé*, *loc. cit.*, p. 166.

3. *Id.*, *ibid.*, p. 166.

expliquer les lois qui gouvernent le développement social et juridique des institutions ; mais ses moyens, à elle, sont autrement nombreux et distincts : l'histoire, la psychologie individuelle qui conditionne toujours la psychologie sociale, la langue, les mœurs, la religion, les régimes économiques, les régimes de gouvernement, le droit aussi car « autant, et plus encore que les rites cultuels, il a été le facteur le plus puissant de cette évolution, élément à la fois de conservation persistante et de transformations incessantes de respect traditionnel à l'égard des formules, en même temps que d'évolution constante et radicale du sens qu'elles recouvraient (1). » Mais l'évolution du droit ne saurait être troublée ou influencée par l'action de la sociologie, c'est-à-dire, par l'évolution naturelle des éléments sociologiques, que d'une manière *spontanée* et *inconsciente*, tandis que le droit comparé a sur cette même évolution des principes juridiques, une influence *réfléchie* et *rationnelle* qui « vient se superposer » à l'autre. Voici donc le point de contact de la sociologie et du droit comparé. Comme l'histoire comparative des institutions des peuples, la sociologie — en tant qu'étude des lois naturelles du développement social — constitue donc, dans la pensée de Raymond Saleilles un *second* et très important élément intrinsèque du droit comparé, un des instruments « de cet idéal relatif

1. *Ibid.*, p. 165. Comp. les termes de son deuxième rapport : « Le droit est à la fois le fondement et la résultante de la vie sociale », *loc. cit.*, p. 386.

qui résulte de la comparaison des législations, mais non de ce qu'elles ont de plus particulièrement mobile et accidentel » (1).

Enfin, en troisième lieu, le *droit comparé* ne se confond pas, dans la conception de Raymond Saleilles, avec la *politique juridique* ou *législative*, qui tire ses données essentielles, elle aussi, de la comparaison des législations et de l'appréciation de leurs résultats, mais qui ne s'applique pas à l'évolution naturelle et purement spontanée du droit national, pris en particulier. Elle recherche seulement les caractères dominants, les principes fondamentaux d'une institution prise dans ses éléments généraux, c'est-à-dire « la part qui, dans le développement juridique doit revenir à l'initiative de la raison générale de l'humanité, ce qui correspond surtout à l'idée d'un devoir social » (*id.*, p. 387). Elle se place toujours au point de vue de l'opportunité ou même des chances d'application d'une institution, suivant l'état des esprits et le courant des idées ; elle reprend donc les résultantes du droit comparé, qui forment nécessairement son fondement et les envisage à nouveau, « au point de vue de toutes les contingences d'un moment accidentel de l'histoire » (*ibid.*, p. 386). Donc, il n'y a point d'identification absolue entre ces deux notions, mais des différences pareilles en quelque sorte à celles

1. *Bull. Sté lég. comp.*, *id.*, p. 388.

que nous avons établies entre le droit comparé et la sociologie.

Mais, à part ces trois éléments initiaux du droit comparé, il y en a encore deux autres — essentiels — qui complètent le domaine de cette science : ce sont la *législation comparée* et le *droit étranger*. Sur ce point aussi, comme nous l'avons déjà dit, des éclaircissements sont indispensables.

La *législation comparée*, c'est, dans la pensée du maître, l'examen des *textes* législatifs des pays étrangers, l'étude de l'ossature inerte des principes juridiques et de l'ensemble des systèmes du droit positif, enfermés dans des articles de loi, sans distinction de leurs origines et de leurs règles : travail isolé, sans aucun but de comparaison, malgré son nom même, sans aucune déduction juridique féconde et profitable. A ce point de vue, le terme de *législation comparée* pourrait, à notre avis, être remplacé légitimement et sans aucun malentendu, par celui de *législation étrangère*. C'est la toute première tâche du juriconsulte comparatiste (1). Mais ce n'est

1. « Le rapport entre la connaissance de chacun des droits en vigueur et la science du droit comparé offre une singulière similitude avec le rapport qui existe entre la grammaire comparée et la connaissance de plusieurs grammaires, ou entre la science de langage et la connaissance de chaque langue en particulier. De même qu'en apprenant plusieurs langues ou plusieurs grammaires, nous n'acquérons pas pour cela l'initiation à la science du langage ou de la grammaire comparée, en nous familiarisant avec plusieurs législations, nous ne nous intruisons pas nécessairement dans la science du droit comparé » (Ernest Schuster, dans : *Jahrbuch der internationalen Vereinigung für vergleichenden*

que le commencement du droit comparé proprement dit : Car cette étude est souvent insuffisante, quoique très laborieuse : « Il y a des cas où les *textes*, même rapprochés, comparés et torturés, ne peuvent rien donner. Il faut juger d'après d'autres directions, étrangères aux textes et supérieures aux textes » (1). Mais il faut toujours pour faire *œuvre de comparatiste*, s'affranchir des législations étrangères une fois leur étude, leur « constatation » finie, pour s'en tenir au *droit étranger*, domaine infiniment plus large et plus viable. Car, d'après l'expression de Raymond Saleilles : « les législations représentent ce qui divise, le droit ce qui unit et ce qui rapproche » (2).

Rechtswissenschaft », II, 1896, p. 71, cité par Lambert dans son rapport au Congrès de 1900, *Procès verbaux*, loc. cit., p. 34).

1. Saleilles, *Fonction juridique du droit comparé*, loc. cit., p. 169.

2. Toast au Banquet du Congrès, du 2 août 1900, *Procès-verbaux*, loc. cit., p. 164. Sur ce point, M. Raoul de la Grasserie (*Concept général et définition de la science du droit comparé*, *Procès verbaux*, loc. cit., pp. 198-206), tout en affirmant avec force l'utilité essentielle de l'étude des législations étrangères, ne partage pas l'avis de Raymond Saleilles sur le rôle « divisant » des législations ; il estime au contraire qu'elles rapprochent, qu'elles harmonisent. La diversion provient de ce que M. Raoul de la Grasserie ne fait pas la distinction, pourtant réelle, entre le « *droit étranger* » et la « *législation comparée* », comme Saleilles ; il englobe ces deux notions dans la même expression : « *législation comparée* », oubliant que celle-ci n'est qu'un élément, un fragment du droit étranger. Et voici ses propres termes (*op. cit.*, pp. 220-221) :

« Toutes les législations étrangères peuvent être considérées comme un vaste champ d'expérimentation. Nous seulement chaque loi nouvelle est une expérience locale qui peut profiter aux autres peuples, mais les lois anciennes elles-mêmes, anciennes

Le droit étranger c'est l'étude toujours isolée, sans parallèle, ni contact, de l'ensemble des institu-

pour la nation qu'elles régissent, sont nouvelles pour les législations étrangères qui ne les connaissent pas encore. Elles peuvent être excellentes car la perfection ne consiste pas toujours à faire du nouveau, et il suffit pour que leur bienfait total soit obtenu, qu'on les retire de l'aire étroite où elles vivent et qu'on les transporte en un terrain plus étendu, le précédent n'étant qu'une pépinière. Combien la loi étrangère qui contient une nouveauté *utile* sera préférable à la nouveauté purement cérébrale ! Elle est éprouvée d'avance. Sans doute, ce qui convient dans un climat, sous une latitude et à une altitude données, ne convient pas sans exception dans un autre, mais cette objection est loin d'être toujours vraie. Il y a des lois qui réglementent des sujets nécessairement locaux, mais il en est beaucoup d'autres dont la nature est générale. Autrefois on invoquait cette raison pour justifier la variété des coutumes des diverses provinces d'un même pays. Il est facile d'ailleurs de tenir compte de ces circonstances. Mais la législation comparée surmonte cet obstacle qui existe en une certaine mesure dans son emploi. L'institution à imiter peut régner dans plusieurs pays de latitude, de caractère, d'histoire et de géographie différents et y réussir ; dès lors, pourquoi ne réussirait-elle partout ? On arrive ainsi par la comparaison à une quasi-certitude. La législation étrangère a commencé, la législation comparée achève l'œuvre... Mais l'action de cette dernière devrait être beaucoup plus étendue, elle devrait inspirer l'idée même de la loi nouvelle. Les publicistes, les juristes, les économistes, étudiant les lois étrangères, les comparant, devraient proposer pour le pays des lois conformes à ce qui leur semblerait le meilleur d'après la résultante de la comparaison. Il devrait se faire ainsi, entre les peuples un échange incessant d'institutions et de lois. Chacun, par une solidarité nouvelle et féconde, expérimenterait pour toutes les autres. Dès qu'une loi nouvelle apparaîtrait ou qu'une loi ancienne deviendrait connue, elle ferait l'objet dans tous les pays d'une étude spéciale, provoquant, s'il y a lieu, un mouvement législatif ; seulement, pour arriver au maximum d'utilité, on laisserait cette loi produire ses effets pendant quelques temps dans le pays où elle a été édictée, pour en connaître la valeur. On voit quel rôle de premier ordre la législation comparée qui n'est guère aujourd'hui qu'un objet de curiosité, pourrait jouer dans l'avenir. Elle constituera la partie expérimentale de la science de législation. Sans doute, l'his-

tions et des principes juridiques d'un pays étranger, de ses règles traditionnelles non écrites, des conceptions doctrinales et surtout, des interprétations jurisprudentielles — la tâche fondamentale et la plus difficile — qu'on donne à cet ensemble de principes. C'est, de même que la législation comparée, mais plus complètement, un commencement, un travail préliminaire de préparation de l'œuvre proprement dite de comparaison, en quelque sorte son « anti-chambre ».

Mais rien qu'un commencement : « On a pu croire que pour se rendre compte de la marche universelle et comparative du droit dans le monde, il suffisait de s'en tenir aux grandes lignes de développement juridique et de synthétiser, pour une même institution, en quelques systèmes décrits à grands traits, les différents procédés admis en législation pour en réaliser le fonctionnement, tout en laissant dans l'ombre les détails de l'organisme juridique... On s'est vite aperçu, cependant, qu'à procéder de cette façon on risquerait fort, en dépit des apparences scientifiques que l'on emprunterait, d'en revenir

toire du droit collaborera, car on peut trouver dans le passé aussi des institutions à imiter, mais le rôle de celles-ci sera très restreint car on ne remonte point le cours de l'évolution et d'ailleurs, en thèse, le présent est un progrès sur le passé ; l'étude de celui-ci sert plutôt à montrer la direction naturelle de cette évolution, l'avenir en étant le prolongement, mais, comme on le voit, l'utilité est autre. C'est la *législation comparée* qui deviendra la *science de la législation*... » Combien ces lignes ne nous paraissent-elles pas candides dans leur utopie et leur méconnaissance des données réelles du problème !...

aux discussions de principes et à l'idéologie pure et simple de toutes les écoles qui se revendiquent d'un droit de la raison, ou d'un droit de la nature... Comme historiens et comme jurisconsultes nous avons senti qu'avant de procéder par voie de synthèse comparative, il nous fallait connaître par le menu, dans son analyse intégrale, chacun des domaines juridiques et législatifs qui devaient servir de points de comparaison » (1). Car, selon la juste expression du maître : « il est impossible pour toute institution répondant à des besoins généraux d'une nature universelle que le but interne qui l'inspire ne trouve pas, dans l'expérience comparée des législations diverses, relatives à la même matière, la révélation d'un fonctionnement plus approprié et d'un mécanisme juridique et pratique plus adéquat à l'idéal poursuivi » (2). Et nous nous rappelons ici une comparaison souvent rencontrée dans les études de droit comparé, qui rapproche l'action féconde du droit étranger sur le jurisconsulte et sur sa formation professionnelle, de celle qu'exerce sur la formation intellectuelle générale l'action des voyages et des séjours à l'étranger.

Ainsi envisagé, le droit étranger apparaît comme le droit vivant de la pratique, œuvre des relations des hommes, entre eux, et des nécessités com-

1. Saleilles, Préface au livre de M. Léon Lyon-Caen, indiqué dans la Bibliographie : *la Femme mariée allemande, ses droits, ses intérêts pécuniaires*, 1903, p. VI.

2. Rapport au Congrès, *loc. cit.*, p. 400.

plexes de l'existence, droit qui assez souvent ressemble au texte de loi, à la formule légale concrète, autant que le squelette d'un animal peut ressembler à cet animal vivant. Son rôle est considérable surtout quand il s'agit de trouver les méthodes qui permettent la pénétration et l'absolution des règles dégagées de son étude, dans le domaine du droit *national*, en vue de l'amélioration de ce dernier. « Pendant que la doctrine s'en tient à ses textes ou à ses formules », dit Saleilles dans une de ses toutes premières études de droit comparé (1), « ou se contente, lorsqu'elle daigne jeter un regard hors frontières, à jouer le rôle de Moïse contemplant la terre promise, la pratique, qui a plus de liberté d'allure, parce qu'en mainte région elle repose sur le libre contrat, se pénètre des usages qu'on lui signale, les adopte et les fait siens, quelle que soit leur nationalité ».

Cette voie — les *moyens*, la *mesure* et la *méthode* d'absorption du droit étranger dans le droit national, formera le noyau de tout le chapitre III, où nous envisagerons la *méthode d'interprétation* du droit civil comparé, après avoir exposé dans le chapitre II, la *fonction juridique* de cette nouvelle science, d'après les conceptions de Raymond Saleilles.

Donc, l'étude des *législations* d'abord, celle du

1. *Le Droit commercial comparé. Contribution à l'étude des méthodes juridiques* (Annales de droit commercial, 1891, V. p. 219). Nous verrons bientôt avec quelle force Saleilles blâme cette inaction, cette inertie de la doctrine, et quel rôle magnifique il lui destine à ce propos.

droit étranger ensuite, sont achevées. C'est ici que se manifeste le rôle du droit comparé. Selon l'expression de Raymond Saleilles, la nouvelle science doit : *constater, comparer, adapter*. Comparer, après constatation et après pénétration du fonctionnement et de la réglementation des institutions juridiques étrangères qu'on a étudiées, c'est relever les points de contact, saisir les différences et les antinomies, rechercher si les conceptions de ces institutions sont rapprochées entre elles ou si elles diffèrent et de quelle manière ; enfin, distinguer les courants communs qu'il peut y avoir dans la vie juridique des peuples considérés : « dégager de l'ensemble des institutions juridiques particulières un fond commun ou tout au moins des points de rapprochement, susceptibles de faire apparaître dans la diversité apparente des formes, l'identité foncière de la vie juridique universelle » (1).

La *constatation* et la *comparaison* sont donc les deux fonctions juridiques *préalables et indispensables*, de la science du droit comparé, envisagée en tant que science *principale indépendante*, ayant sa conception propre, son objet spécial et ses méthodes particulières, de cette science qui a pour but de « faire la critique pour une institution déterminée des différentes législations qui la régissent, en les étudiant d'après leur fonctionnement et leurs résul-

1. Rapport du maître à la Séance générale de clôture du Congrès. Procès-Verbaux, *loc-cit.*, p. 143.

tats et en tenant compte de l'état social auquel elles s'appliquent » (1).

Quant à *l'adaptation* pénétration et absorption dans le droit *national* des mécanismes juridiques et pratiques dégagés, nous nous permettons d'envoyer également aux deux chapitres suivants. Citons seulement à cette place une formule très heureuse de Raymond Saleilles, qui synthétise savamment les résultats de cet ensemble de recherches :

« De cette pénétration sortira... le droit nouveau, dont on commence à entrevoir les caractères essentiels, national par ses origines, éminemment scientifique par la souplesse et l'élasticité de ses concepts et social avant tout, par son but. Appuyé sur l'idée de justice, il saura se plier, comme tout produit de l'histoire, né de l'histoire, et adapté à l'histoire, à tous les besoins de la vie » (2).

Ayant délimité et, en quelque sorte individualisé aussi nettement que possible le caractère, le domaine et l'objet de la science du droit civil comparé, en tant que science *principale* et *indépendante*, nous abordons dans le deuxième chapitre l'étude de la *fonction juridique spécifique* de notre science, envisagée non plus comme science principale, mais comme science *auxiliaire*, d'après la pensée du maître. C'est particulièrement sur ce point, d'ailleurs essentiel, que des systèmes très nombreux et très

1. Bull. Sté. lég. comp., loc-cit., p. 384.

2. Préface au livre précité de M. Léon Lyon-Caen, loc-cit., p. XXXII.

différents ont été proposés au Congrès de 1900, où Raymond Saleilles a défendu le sien avec une autorité qui finit par l'imposer devant l'assemblée. Nous indiquerons également ces divers systèmes au cours du chapitre suivant, ainsi que les objections qui y ont été soulevées de part et d'autre.

CHAPITRE DEUXIÈME

La fonction juridique du droit civil comparé

Tout d'abord, nous jugerions nécessaire pour mieux suivre et comprendre les développements ultérieurs, d'indiquer les quelques formules très heureuses et très édifiantes dans leur plasticité, qui ont arrêté la pensée de Raymond Saleilles au point de vue de la fonction juridique proprement dite, du droit civil comparé, de cette science de *pure action*. Il rapproche continuellement les termes suivants : *droit civil*, *droit civil comparé*, tout en séparant leurs rôles respectifs ; le droit *national* étudie la loi qui existe en ce moment, le droit *comparé*, au contraire, étudie la loi qui *devrait* être, recherche le type de conception générique et commune pour les réformes législatives des pays arrivés au même degré de développement et de civilisation sociale. La fonction juridique du droit national « est précisément d'extraire des sentiments qui s'agitent au fond de l'âme populaire, des formules rationnelles et précises, susceptibles d'application positive » (1) et s'harmo-

1. *Droit civil et droit comparé*, loc. cit., p. 22.

nisant avec son homogénéité d'ensemble. Le droit comparé, de son côté tout différent, « cherche à définir le type d'idéal tout relatif qui se dégage de la comparaison des législations, de leur fonctionnement et de leurs résultats pour une institution déterminée, en tenant compte de l'état économique et social auquel il doit correspondre, mais sans se placer au point de vue de ses possibilités immédiates d'application. Il recherche la part d'initiative rationnelle qui doit intervenir dans la genèse et le développement du droit, en tant qu'elle prend pour objectif, non pas l'évolution d'une législation particulière, mais le courant général qui se dégage de l'ensemble des législations relatives aux pays à formation sensiblement similaire (1). Il doit, comme objectif final formuler une direction pour l'avenir, et, par suite, marquer un choix, une orientation » (2). Il doit indiquer « ce qui d'une façon générale, pour une institution déterminée et à une époque donnée, apparaît comme la résultante finale de la comparaison législative et comme le type le plus adéquat au but poursuivi (3) », « faire pénétrer dans l'ensemble du droit national » (4) les données et les procédés pratiques les plus conformes aux nécessités économiques et sociales de ce dernier (5).

1. *Bull. Sté lég. comp.*, 1899-1900, p. 390.

2. *Idem*, p. 393.

3. *Ibid*, p. 394.

4. *Ibid*, p. 396.

5. La même idée se retrouve dans *Droit civil et droit comparé*, p. 21 : « étant donné qu'il n'y a de coutumes juridiques

Voici la fonction juridique *essentielle* de la science du droit civil comparé. Elle doit, envisagée à ce point de vue capital, rester une science *auxiliaire* du droit national, l'élément le plus important de son étude et de sa main-d'œuvre, l'instrument le plus indispensable de son interprétation (1). Elle doit jouer un rôle *subsidaire*, toujours subordonné, à côté du droit national qui reste toujours en premier plan. Mais cette amélioration, cette « restauration cherchée et espérée » (2) du droit national doit se faire avec des précautions infinies et à l'aide d'une méthode appropriée, que nous analyserons dans le chapitre suivant ; ce « type idéal » à transporter dans le domaine du droit international doit s'harmoniser à l'ensemble de la construction juridique nationale ; et Raymond Saleilles insiste particulièrement sur ce

et vraiment efficaces que celles qui répondent à un état de mœurs préexistant, ou à certains caractères du tempérament national, le droit comparé doit être étudié en fonction de droit national et surtout en fonction de droit civil pour voir dans quelles mesures s'adaptent aux traditions nationales les conceptions nouvelles que le droit étranger présente à la doctrine ».

1. Cf. Les paroles du maître dans *la Fonction juridique du droit comparé*, *loc. cit.*, p. 169 : « il s'agit de considérer le droit de construction doctrinale, issu de la méthode comparative comme un élément du droit national » et dans *Droit civil et droit comparé*, *loc. cit.*, p. 29-30 : « ... science nationale du droit comparé qui consiste à étudier le droit comparé en fonction du droit national, c'est-à-dire en vue des emprunts que la doctrine peut lui faire pour aider à la construction du droit national ; en vue également des tendances dont on peut s'inspirer, pour orienter la jurisprudence elle-même, avant que le législateur se mette en œuvre et qu'il entre en scène ».

2. *Droit civil et comparé*, *loc. cit.*, p. 6.

point : on ne doit jamais « sans autre modification ni réserve le transporter d'un seul bloc dans le droit d'un pays dont il risquerait — si l'on ne cherche pas à l'adopter à l'ensemble de la construction juridique nationale, de rompre l'harmonie et d'entraver le développement... il importe de considérer les résultats du droit comparé comme constituant un type idéal vers lequel on doit orienter l'évolution du droit national. Le but à poursuivre serait donc, en quelque sorte d'en faire passer le contenu dans le moule traditionnel de la législation du pays, conserver les formes, maintenir avant tout l'harmonie de l'ensemble et le plier cependant à l'acceptation progressive ou la réalisation finale, des résultats fournis par la critique comparative des législations ; tel est le but à atteindre dans le développement du droit d'un pays » (1).

Partant de ces conceptions, Raymond Saleilles pense souvent à l'action des grands jurisconsultes coutumiers : Beaumanoir, d'Ableige, Bouteiller, Masuer, Dumoulin, Bertrand d'Argentré, Hévin, Chabrol, Basnage, Guy Coquille, Loysel et son annotateur Laurière, Bourjon, Pothier, — et à leur rôle prépondérant, sinon capital, dans la marche vers l'unification du droit coutumier, du droit des diverses coutumes, fort différentes les unes des autres, selon les provinces de l'ancienne France. Ces différences, rendues plus saillantes encore par la rédac-

1. *Bull. Sté lég. comp.*, *ibid.*, p. 397.

tion officielle écrite au xvi^e siècle, faisaient naître des conflits gênants, pareils à ceux qui se produisent aujourd'hui entre législations étrangères différentes. Il y avait donc une nécessité urgente de rapprocher ces nombreuses et éparses coutumes, sinon pour les unifier — tâche écrasante — du moins pour en extraire un droit commun subsidiaire, qui puisse servir de guide au juriconsulte, et à l'interprète quand ils n'étaient pas liés par des textes formels. Ce droit commun coutumier, d'une importance indéniable, a eu sur l'ensemble des coutumes une influence comparable à celle du *jus pretorium* sur le *jus civile* à Rome. Comme le dit si justement M. Ed. Meynial «... le droit commun est devenu dans les coutumes expresses sur le point sur lequel elles étaient formelles comme le régulateur des efforts de l'interprétation. Les interprètes l'ont pris comme la raison vers laquelle il fallait infléchir et diriger la règle locale, l'élargissant et la prolongeant, la restreignant ou l'étiolant suivant qu'elle était conforme ou contraire au droit commun. Enfin, dans tous les cas où, malgré ses efforts, l'interprétation n'est pas arrivée à plier le texte local au gré de ses tendances, la prépondérance croissante du droit commun a souvent enlevé à ce texte toute l'autorité morale et en a préparé la désuétude (1) ».

1. Dans son savant mémoire: *Remarques sur le rôle joué par la doctrine et la jurisprudence dans l'unification du droit, en France...*, présenté au Congrès de 1900, *Revue générale du droit*, octobre 1903; reproduit dans *Procès-verbaux*, t. I, p. 269-309.

Cette comparaison hante beaucoup Saleilles. Il conçoit un droit commun qui se dégagera de la même manière, — à l'aide de transformations constantes et grâce à des transactions qui enlèveront à chacune des parties, insensiblement, quelques-uns de ses traits originaux, — des travaux de droit comparé, tout au moins dans le domaine du droit privé. Et il emploie pour désigner ce droit commun une expression qui lui est chère et qu'on retrouve très fréquemment dans ses études de droit comparé (1) : *le droit commun de l'humanité civilisée*. Chaque peuple concourra à la formation de ce droit commun qui doit être « pour l'ensemble des Etats, ce qu'était, dans les pays à variétés coutumières ou à législations locales diverses, comme l'ancienne France ou l'Allemagne avant son Code civil la construction progressive et doctrinale d'un droit unitaire, se formant par-dessus et au delà des diversités juridiques particulières (2) ». Il croit fermement au succès de la réalisation parfaite de ce droit commun, considéré comme une sorte de *devoir social*, comme un *idéal*, dont la destinée est de remplacer « une discipline morte et stérile... un *droit naturel* purement abstrait », tombé en ruines. « A cet idéal dépourvu de

1. Cf. *Le Droit commercial comparé*, loc. cit., p. 226; *Conception et objet de la science du droit comparé*, loc. cit., p. 397; *Ecole historique et droit naturel*, loc. cit., p. 111; *les Méthodes d'enseignement du droit et l'éducation intellectuelle de la jeunesse*, dans *Rev. intern. enseign.*, 2^e, 1902, p. 312-329, notamment p. 328; *la Fonction juridique du droit comparé*, loc. cit., p. 171; *Droit civil et droit comparé*, loc. cit., p. 31.

2. *Bull. Sté lég. comp.*, *ibid.*, p. 397.

réalité », — nous dit-il encore dans son rapport, « substituons à nouveau une discipline de vie, celle de l'évolution progressive du droit, telle qu'elle résulte du mouvement comparatif des législations » (p. 398).

Mais, entre cette nouvelle conception, autrement féconde, vivante et susceptible de progrès et d'amélioration, d'un *droit commun de l'humanité civilisée* et la vieille conception de ce qu'on a l'habitude d'appeler la « chimère du droit naturel », conception écartée pour jamais par l'école historique allemande, — il y a des différences *essentielles* et *irréductibles*. Sur ce point une digression nous semble légitime et indispensable : nous nous y attarderons donc un instant.

Il est sans doute acquis, à l'heure présente, que l'école historique allemande a infligé au vieux droit naturel une défaite grave et totale, qui réduisit à néant l'hégémonie incontestable de cette amorphe conception juridique. Le droit naturel fut exclu — jusqu'à ses dernières conséquences, « expulsé » — selon le mot du maître, des fonctions juridiques essentielles, législative, scientifique, judiciaire; et cette exclusion dura jusqu'aux abords du ^{xx}e siècle.

Mais, de nos jours une réaction, née peut être de l'excès de l'attaque, et des tendances très transparentes semblent se faire jour : réaction contre l'école historique, tendances en faveur d'un renouveau vraiment scientifique de l'école du droit naturel, mais avec des ambitions entièrement nouvelles, et des

buts profondément distincts et opposés aux anciens. Les théoriciens de ce mouvement de revanche, n'estiment plus que le droit naturel peut fournir pour chacune des institutions qu'il a en vue, un type de dispositions absolues, rationnelles, « tirées par voie déductive de la nature de l'homme, adéquates au sujet et à l'objet et qui aient à servir de ligne directrice pour les législateurs de l'avenir, à quelque pays qu'ils appartiennent » (1). Ils assignent à la science la tâche de juger ce qui est, au législateur celle de juger ce qui doit être, au juge celle d'orienter et de diriger son interprétation d'après sa conscience et sa raison. Mais tous, le savant, le législateur, le juge, doivent être guidés dans leur appréciation par des principes de raison abstraits, tirés des lois qui participent de l'absolu et de l'immuable, par des principes « *de droit naturel* » déduits « d'une formule de raison abstraite et d'intuition philosophique » (2). Ces principes doivent être soigneusement et rigoureusement distingués des simples procédés de technique juridique — doctrinale ou judiciaire — des principes du droit positif. En effet, ces derniers, créations nécessaires mais artificielles du droit et admises comme bases d'un certain ordre juridique, pour un temps déterminé et sous l'influence du moment, n'ont pour but que d'« établir l'harmonie dans un système législatif, pour en coordonner les

1. *Ecole historique et droit naturel*, loc. cit., p. 86.

2. *Loc. cit.*, p. 87.

parties éparses et permettre aux intéressés de se laisser guider dans l'application qu'ils font de la loi par des raisonnements pouvant leur offrir un certain degré de certitude. Il s'agit de mettre les dispositions de la loi ou de tout un ensemble de lois en harmonie avec l'ensemble et, par suite, de déduire dans ce but, certaines règles directrices impliquées par les solutions concrètes du texte, de façon à ramener toutes ces dispositions éparses à un certain nombre de principes abstraits qui serviront de point de départ aux nouveaux développements que la loi pourrait recevoir dans les questions non prévues par elle » (1).

Mais ils n'ont aucun rapport avec ce que Raymond Saleilles appelle : « l'appréciation abstraite ou rationnelle que l'on pourrait être tenté de faire du fond même des dispositions légales, en se plaçant au point de vue idéal de certains principes, non plus de technique, mais de direction philosophique générale, applicables aux relations sociales des hommes entre eux » (2), ce qui est propre au droit naturel.

La différence en est donc sensible : « Les principes juridiques sont d'essence purement formelle et ne prétendent à l'autonomie directrice que tant que subsiste l'économie du système légal auquel ils se rattachent et dont ils sont déduits : le système modifié, ils se modifient avec lui. Les principes de droit naturel seraient d'essence plus haute et toucheraient

1. *Id.*, p. 87.

2. *Ibid.*, p. 88.

au fond des institutions, pour en apprécier et en mesurer la valeur objective, par rapport aux exigences impérieuses de la raison, de la justice, et, nous devons ajouter pour les modernes, de la sociologie » (1).

C'est donc cet ensemble de principes de droit naturel que constituerait le droit idéal, essentiellement relatif, plongeant ses racines dans le sol du droit vivant et qui est susceptible de progrès car son contenu (2) varie avec chaque époque. C'est de ce *droit naturel*, ainsi conçu, que doit se rapprocher le *droit commun de l'humanité civilisée*, sur lequel revient si souvent Raymond Saleilles, dans plusieurs de ses travaux les plus importants de droit civil comparé (3).

1. C'est pour avoir voulu éliminer de son domaine toute notion de droit naturel, le seul élément auquel les hommes, pour lesquels le droit est fait, ne pourront jamais renoncer, pour s'être interdit de fournir un critérium de ce qui *devrait être*, une méthode de progrès et d'évolution, pour créer, développer, interpréter le droit que l'école historique est restée figée sur place et finit par s'avouer vaincue, devant les reproches si justifiés d'Ihering; cf. aussi sur ce point les reproches de Stammler : *Ueber die methode des Geschichtlichen Rechtstheorie*, p. 14 et sq., cité par Saleilles, *op. cit.*, p. 96.

2. Cf. la pittoresque expression de Stammler : « un droit naturel à contenu variable » (ein Naturrech mit wechselnden Inhalt), dans : *Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung*, 1886, p. 685.

3. Cf. Capitant, *op. cit.*, p. 95 : « c'est le droit naturel descendu de sa sphère immuable et abstraite, pour prendre corps dans un droit vivant, né du conflit des intérêts eux-mêmes et de la sélection naturelle des faits sociaux, et d'autant plus rapproché par conséquent de l'idée de justice telle que la conçoit chaque époque ».

C'est donc lui qui sera un guide précieux pour le jurisconsulte embarrassé du silence de la loi positive en face du problème juridique à résoudre ; il sera encore et toujours : « l'élément de réalisation objective sur lequel le juge cherchera à s'assurer l'évolution nouvelle de son interprétation juridique » (1).

Mais il ne faut pas oublier une chose essentielle : que le droit national, doctrinal et codifié, demeure toujours en premier plan : « Il ne s'agit pas, à coup sûr », nous dit encore Raymond Saleilles, « de fonder le droit local dans un système comparatif et

1. *Ecole historique et droit naturel*. p. 110-111 : « il est sorti du vague des aspirations diffuses pour se formuler en droit : il a pris une valeur scientifique et juridique universelle. Le droit naturel qui, par définition tend à l'universalité, a trouvé en lui son critérium d'objectivité ; toutes les jurisprudences lorsqu'elles se sentent autorisées à s'orienter vers un idéal qui soit un idéal juridique, ont désormais un but commun à atteindre, qui est d'adapter leur organisme particulier à la réalisation, diversifiée et nationalisée d'une même conception juridique universelle. Le droit comparé, par le rapprochement des jurisprudences sur le terrain d'un droit naturel transformé et réduit en formules concrètes d'application juridique, tendra à devenir dans ses grandes lignes le droit commun de l'humanité civilisée et, par suite, le droit subsidiaire qui, par delà les droits locaux, réalisera l'union des principes, tout en conservant pour chaque pays l'indépendance absolue de sa vitalité propre, et l'adaptation distincte et variable des applications concrètes dans chaque jurisprudence particulière. » Cf. encore : *le Droit commercial comparé*, loc. cit., p. 226 : « ... la science du droit comparé peut être féconde en résultats nouveaux et en conséquences pratiques, puisque c'est elle et elle seule qui, par la comparaison des différentes tendances jusqu'alors adoptées et par l'intelligence surtout de celles qui semblent le plus en harmonie avec le but même de l'institution saura fixer l'orientation de la doctrine et par suite la direction de la pratique et qu'il lui reviendra de formuler la théorie dominante sur ce point et de la faire accepter comme théorie de droit commun universel. »

unifié, dont chaque législation ne serait qu'une branche divergente... Ce serait renverser les termes de la formule et faire du droit comparé cette sorte de droit naturel abstrait, dont le type disait-on jadis — dominait et primait les manifestations toujours inférieures du droit positif. Dans un système (le système du maître) qui donne au droit naturel un rôle purement subsidiaire et supplétif, le droit national reste au premier plan. Mais comme source d'orientation de son évolution scientifique et judiciaire, se place, en première ligne la seule forme vraiment objective du droit naturel, pris dans sa conception historique d'un droit naturel à contenu variable (1), c'est-à-dire le droit comparé, le seul qui pour un temps donné et une civilisation donnée porte en lui ce principe d'universalité qui est le propre du droit naturel... » (2).

Voici l'ensemble des idées de Raymond Saleilles sur la fonction juridique de la science du droit civil comparé, envisagée en tant que science *auxiliaire du droit national*. Nous résumons en quelques mots les développements donnés à l'exposé des théories du maître : la fonction juridique spécifique du droit civil comparé est de travailler à l'amélioration du droit national, d'être un instrument des plus essentiels de son interprétation, un élément des plus importants de son étude et de sa main-d'œuvre, tout

1. Cf. Stammler, *Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung*, 1886, p. 685.

2. *Ecole historique et droit naturel*, p. 112.

en restant toujours *subordonné* à côté du droit national — et d'élaborer ainsi, par des procédés bien définis et à l'aide d'une méthode adéquate et féconde, *le droit commun de l'humanité civilisée*. Nous reviendrons bientôt sur le sens et l'étendue donnée par Raymond Saleilles à ces deux mots : *humanité civilisée* qui ont été tant de fois interprétés faussement ou tout au moins sur la portée desquels on s'est souvent trompé, en essayant d'exposer la conception du maître.

Cette conception, profondément originale et hardie dans sa nouveauté, apparaît pour la première fois dans une des toutes premières études du maître, dans le domaine du droit comparé : *Le droit commercial comparé. Contribution à l'étude des méthodes juridiques*, (*loc. cit.*). Elle y est seulement ébauchée, mais on se rend compte combien immense est la quantité de travail qu'il a dû lui consacrer ; et d'ailleurs il ne manque aucune occasion de l'exposer, en lui donnant de l'ampleur, de la fermeté, de la précision, une *base* très vraie et très conforme à la nature des choses, enfin, toutes les données et les garanties vraiment dignes de l'imposer d'une façon maîtresse. Nous la retrouvons encore en 1911, dans la dernière étude publiée de son vivant : *Droit civil et droit comparé* (*loc. cit.*).

Toutefois, différents auteurs ont essayé d'opposer à cette conception, leurs vues parfois légèrement, mais parfois sensiblement différentes. Ce sont ces objections et ces systèmes nouveaux que nous devons

étudier, très rapidement d'ailleurs, maintenant, pour nous rendre compte de leurs divergences et de leurs points de contact avec la conception du maître : nous essayerons ainsi d'apporter une partie — si infime soit-elle — d'étude *critique* dans l'ensemble de l'exposé presque purement synthétique, qui fait l'objet du présent volume. La plupart de ces objections ont été soulevées, et la plupart de ces systèmes ont été proposés au Congrès International de Législation comparée de 1900 dans les discussions et dans les rapports et mémoires présentés par les jurisconsultes français et étrangers qui y ont participé. Toutefois, nous laisserons intentionnellement de côté les diversions qui concernent uniquement la science du droit comparée envisagée au point de vue *social*, avec un but d'observation et de découverte, telle que nous l'avons étudiée dans le premier chapitre du présent volume, et nous analyserons seulement celles qui se sont produites au point de vue *juridique*, sur la *fonction* de cette science, telle qu'elle se manifeste dans les travaux de Raymond Saleilles, telle que nous l'avons définie dans le chapitre présent et qui n'est unie à la première discipline (conception sociologique scientifique), que par un trait tout à fait extérieur : l'emploi de la méthode comparative.

Le premier groupe de conceptions différentes de celle de Raymond Saleilles, en ce qui concerne la fonction juridique essentielle de la science du droit comparé envisagée comme science *auxiliaire* du droit

national, — droit qui constitue toujours sa base —, estime que cette fonction spécifique doit être limitée à exercer son influence uniquement sur le *Travail législatif* qu'on accomplit dans le domaine du droit national ; à intervenir seulement en matière de politique législative. La science du droit comparé doit donc contribuer à dégager en quelque sorte une méthode de technique législative, à faire connaître au législateur du droit national par des études comparatives, les formes et les procédés de rédaction des codifications étrangères (1). Son action sera sur ce point d'une précieuse utilité ; elle aidera le législateur national à résoudre une foule de problèmes qui surgissent inévitablement chaque fois qu'il s'agit de faire œuvre de codification, de législation positive ; et parmi ces questions à prendre en considération, M. Zitelmann (2) en indique les suivantes : « dans quelle mesure un Code doit-il contenir des dispositions de principe ? Jusqu'à quel point doit-il entrer dans la casuistique des espèces ? Doit-il prévoir certains cas spéciaux et laisser à la jurisprudence le soin de raisonner par analogie, ou bien

1. Cf. sur ce point et dans ce sens : L. Josserand : *Mission du droit comme instrument de révélation de l'orientation de la vie juridique et Conception générale du Droit comparé*. Proc.-Verb. loc. cit., pp. 237-243 ; Raoul de la Grasserie : *Begriff und Wesen der Vergleichenden Rechtswissenschaft*, dans *Jahrbuch der internationalen Vereinigung für vergleichenden Rechtswissenschaft*, VI-VII, 1903, pp. 348-349 et *Concept général et définition de la Science du droit comparé*, loc. cit., pp. 198-226 ; J. Kohler : *De la méthode du droit comparé*. Proc.-verb., loc. cit., pp. 227-237.

2. E. Zitelmann : *De différents rôles et de la portée à attribuer au droit comparé*, Procès-verbal., loc. cit., pp. 189-198 (p. 197).

doit il s'exprimer autant que possible par formules générales, de telle sorte que les applications particulières puissent en ressortir par voie de déduction ? D'après quel point de vue doit-il ordonner l'ensemble de son contenu ? Comment doit-il s'exprimer : sous forme didactique ou sous forme impérative ? Doit-il chercher la précision aux dépens du caractère populaire de la forme ou préférer la forme populaire à la précision scientifique ? Doit-il procéder par voie de rédites ou de renvois ? Est-il permis ou non de se servir de fictions et de constructions juridiques ? (1) ».

1. Faisant également de l'amélioration de la législation nationale le point essentiel de la fonction juridique du droit comparé, M. Raoul de la Grasserie, (*op. cit.*, pp. 223 et sq.) pense que cette science aura un but plus haut encore : de briser les barrières de la nationalisation égoïste, de provoquer *l'unification des législations civiles* des peuples du monde ou tout au moins de ceux d'Europe, de même civilisation, et de substituer ainsi aux Codes nationaux, nés de la fusion des Codes provinciaux, les Codes internationaux, nés de la fusion des Codes nationaux. Sur ce point le système de M. de la Grasserie témoigne d'une méconnaissance étrange des réalités les plus évidentes ; et c'est avec raison qu'il est unanimement combattu, n'ayant réussi à recueillir l'adhésion de personne. Voyez notamment les critiques si définitives que lui adresse Saleilles dans son rapport de clôture au Congrès, *loc. cit.*, pp. 144 et 146 : il ne faudrait pas croire que l'on rêvât pour l'avenir d'un droit unique et toujours le même ; loin de nous ces utopies et ces méconnaissances de la réalité ! Partout où il y a unité forcée il y a immobilisation et arrêt dans le progrès ; la diversité est faite de la vie et la concurrence est la loi de la vie. Mais précisément de ce que chaque peuple garde sa pleine autonomie juridique, et que partout, en dépit des tendances à l'unification, surgit la floraison merveilleuse des branches nouvelles, greffées, dans chaque pays sur le trône du droit national, précisément à cause de cette variété qui subsiste, se réalisera, grâce au mouvement réglé et discipliné de la science du droit comparé, la libre et féconde concurrence pour l'adaptation, par voie d'extension progressive de tous les essais locaux qui

Mais ce premier groupe de conceptions prend pour la fonction essentielle du droit comparé ce que, nous avons vu, dans la conception de Raymond Saleilles n'est que l'une des applications de cette science. Et c'est par là qu'elles sont étroites ; car confondre la politique législative ou juridique avec le droit comparé, c'est se méprendre totalement sur le contenu de ce dernier, si justement analysé et délimité par Raymond Saleilles. Certes, la politique juridique ou législative reste une des branches du droit comparé, ou plutôt l'un de ses instruments et peut fournir au législateur des renseignements profitables ; mais combien petite est son influence, à côté de l'apport considérable des créations doctrinales et des constructions jurisprudentielles d'interprétation !

Le second groupe, envisage l'action du droit comparé comme s'exerçant utilement, non plus dans le domaine nécessairement étroit de la *lex ferenda* — de la législation positive interne, mais dans celui de la *lex lata*, de l'ensemble des principes juridiques

auraient porté leurs fruits »... « le droit comparé ne doit pas avoir pour objet l'unification universelle envers et contre tous. Rien ne saurait être plus antiscientifique ». Cf. encore : Weiss, *Rôle, fonction et méthode du droit comparé, dans le domaine du droit civil*. Proc.-verb., *id.*, pp. 347-355 : *l'Uniformité des lois, l'unification des législations des peuples du monde ou de l'Europe n'est ni réalisable, ni même désirable* (p. 35), Lambert, *op. cit.*, pp. 907-908 : « Je n'ai pas l'illusion que le travail du comparatiste puisse avoir pour résultat de provoquer l'unification totale des législations civiles... je constate qu'il n'est pas réalisable... je n'entrevois point encore, même pour un avenir assez lointain, la réalisation de ce rêve ».

traduits en textes positifs de loi, des conceptions de la doctrine et des travaux de la jurisprudence, en un mot dans le domaine du *droit* positif interne.

A ce propos, M. Weiss estime (1) que les règles consacrées par les législations étrangères, peuvent être utilisées par la jurisprudence civile, quand elles lui apparaissent comme étant l'expression de la raison écrite, sur les points où la législation nationale est muette ou insuffisante. Cette action des règles dégagées des législations étrangères s'exercerait, en fait, directement sur les décisions des tribunaux et influencerait ainsi l'interprétation du droit interne. C'est encore un des modes d'emploi, un des instruments d'action du droit comparé, qui peut donner sans doute des résultats féconds ; mais ce n'est pas

1. *Rôle, fonction et méthode du droit comparé, dans le domaine du droit civil*, Bull. Sté. lég. Comp., 1899, 1900, pp. 423 sq. Reproduit dans Proc.-verb., *id.*, pp. 347-355. Cette assertion est combattue — avec justesse croyons-nous — par M. L. Josserand dans son Mémoire précité, p. 241 ; il estime au contraire que la jurisprudence nationale « ne se laisse guère impressionner par les mouvements juridiques qui se dessinent au delà de nos frontières, alors même que le succès en serait complet et qu'ils trouveraient crédit... elle fait œuvre personnelle, originale ; elle travaille sous la pression des nécessités pratiques, des besoins sociaux et individuels du moment et c'est pourquoi sa marche est si parfaitement assurée. Sans doute, comme ces nécessités se retrouvent assez souvent et avec une égale intensité chez les peuples similaires, il arrive que nos tribunaux se rencontrent sur bien des problèmes avec les jurisprudences et les lois étrangères, l'évolution se produisant simultanément et d'une façon symétrique dans les diverses nations : mais il faut voir là une simple coïncidence et non point un signe du pouvoir de pénétration que le droit comparé aurait sur notre jurisprudence ; nous croyons que ce pouvoir est extrêmement faible et nous avons le regret de nous séparer sur ce point de M. Weiss... »

non plus la fonction juridique *spécifique* de cette science auxiliaire du droit national, qui reste telle qu'elle a été dégagée par Raymond Saleilles.

Il nous reste maintenant pour en finir avec l'exposé de ces différentes conceptions de la fonction juridique du droit civil comparé, de rapprocher de la conception Saleilles, celle de M. Edouard Lambert, telle qu'elle apparaît de ses lumineuses études de droit civil comparé (1). Cette dernière, très proche parente de celle du maître, s'en sépare pourtant par certains côtés, tout en assignant à cette discipline juridique la même fonction que lui attribue Raymond Saleilles : *travailler à l'amélioration et au progrès du droit national* : non plus en tant que science *auxiliaire* (2) du droit national, mais comme science

1. V. notamment : « Rapport au Congrès International de législation comparée de 1900 », Proc.-Verb., *id.*, pp. 26-60 ; *La fonction juridique du droit civil comparé*, *loc. cit.*, notam. pp. 903-927 ; *Une réforme nécessaire des études de droit civil. Revue Internationale de l'Enseignement*, t. XL, 1900, pp. 217-243 ; notamment les dernières pages, pp. 240-243.

2. Il est à remarquer que, de même que Raymond Saleilles, M. Lambert distingue soigneusement la science du droit comparé envisagée au point de vue *scientifique*, ayant son domaine, son objet et ses méthodes propres, de la seconde discipline — auxiliaire du droit national, envisagée au point de vue *pratique*, de *l'art juridique*, dont la fonction finale est de réaliser le droit commun de l'humanité civilisée, d'après Raymond Saleilles, le *droit commun législatif*, d'après l'expression de M. Lambert : « sous la dénomination amphibologique de *droit comparé* se trouvent actuellement englobées deux disciplines distinctes, qui présentent au premier abord un air de parenté... La première est une des branches particulières de la science sociale, ou, plus exactement, de la sociologie descriptive. La seconde est l'une des formes supérieures de l'art juridique... La première de ces disciplines poursuit un but exclusivement scientifique et spéculatif.

principale. Nous essayerons de résumer très brièvement les points essentiels de cette dernière conception.

Laissant de côté la conception *scientifique* du droit civil comparé, et envisageant cette nouvelle discipline juridique comme une discipline d'action, de progrès et d'amélioration du droit national, M. Lambert estime qu'elle n'est pas une science *auxiliaire* du droit national, mais une discipline indépendante, un *art juridique*, qui, tout en poursuivant le même

Elle forme le cadre et la partie descriptive de la sociologie juridique. Elle constitue au même titre que la science du langage ou la science des religions, une science au sens technique et élevé du mot : une *science du droit*. Sa mission est de préparer, par l'étude comparative de la série des relations de succession qui existent entre les phénomènes juridiques, la découverte des causes qui expliquent ces relations, — de révéler ainsi au juriste les lois naturelles auxquelles obéissent les manifestations de la vie sociale dont l'ensemble compose le droit, de lui faire saisir les liens et la raison d'être des transformations de la vie juridique, de lui permettre de découvrir quelles sont pour chaque institution les formes qui correspondent aux diverses phases du développement social, aux divers régimes économiques. Ainsi comprise, la science du droit comparé ne saurait borner le champ de ses investigations aux seuls systèmes juridiques actuellement en vigueur ; elle doit nécessairement l'étendre aux systèmes qui ont régi des sociétés aujourd'hui disparues. L'histoire est inséparable du droit comparé ainsi entendu. Le droit comparé envisagé sous cet angle est à la fois la comparaison des diverses législations et de l'histoire juridique des divers peuples. La connaissance des lois du développement de la vie juridique ne peut être obtenue que par un travail de comparaison, s'exerçant simultanément dans le temps et dans l'espace. Cette conception exclusivement scientifique du droit comparé, a depuis longtemps fait ses preuves de vitalité et de fécondité »... (*La fonction juridique du droit civil comparé*, loc. cit., pp. 914-915). V. les développements qui suivent, pour la seconde conception, — la conception *pratique* du droit comparé.

but d'action que la science *auxiliaire*, arrive par une voie différente aux mêmes données que celles dégagées par Raymond Saleilles : faire pénétrer dans l'ensemble du droit national les données rassemblées du fond commun des institutions juridiques comparées, les maximes communes dégagées de la confrontation des législations étrangères, bref, un droit *commun*, — qui exerce, salutairement, sur cet ensemble des constructions juridiques *nationales* la même influence heureuse et féconde que celle exercée par le *droit commun coutumier* sur l'évolution du droit français, par le *Deutsches Privatrecht* (1) sur celle du droit allemand. Et M. Lambert donne à ce droit commun le nom de *droit commun législatif*. Mais il y a entre l'expression de Raymond Saleilles et celle de M. Lambert des différences notables.

M. Lambert distingue toujours les deux conceptions du droit comparé : le côté *scientifique* qui doit étudier indifféremment toutes les législations et même plus, tous les *droits* existants et le côté *pratique* qui doit nécessairement choisir, pour dégager le droit commun législatif, les législations et les droits étrangers les plus semblables arrivés aux mêmes stades.

1. Les jurisconsultes allemands qui, à l'instar des grands commentateurs et comparatistes coutumiers français ont dégagé, pendant le XVIII^e et surtout pendant le XIX^e siècle des *Landrechte* locaux, des droits particuliers, le grand système juridique commun, le *Deutsches Privatrecht* qui a joué un si important rôle dans l'œuvre d'unification du droit civil allemand (1874-1896) sont : Hermann Conring, Beyer, Paul von Roth, Stobbe, Beseler, Otto v. Gierke.

d'évolution ou appartenant à une même famille juridique « unis par une très étroite parenté, régissant des milieux économiques et sociaux similaires » (1).

Ce serait en effet une œuvre stérile de ne pas borner le champ des études, des investigations pour le dégagement de ce droit commun législatif. Car la variété des groupes sociaux civilisés qui existent de nos jours est infinie, et l'étude de leurs systèmes juridiques, parfois complètement opposés les uns aux autres, ne donnerait au comparatiste aucun résultat heureux, utile pour le but qu'il poursuit ; et même si, par endroits, des règles ou des directions communes semblent pouvoir se dégager de ces systèmes juridiques disparates, elles seraient insuffisantes « pour fournir à l'interprète du droit interne des matériaux utilisables pour l'accomplissement de sa tâche quotidienne de politique civile nationale » (2). Et sur ce point M. Lambert se sépare de Raymond Saleilles dont il critique l'expression de *droit commun de l'humanité civilisée*. Il veut limiter le champ des investigations que le comparatiste accomplit en vue de dégager toujours le droit commun législatif, à l'ensemble des droits positifs *latins* et *germaniques* ; auxquels se joindraient peut-être et, uniquement à titre accessoire, certaines des institutions juridiques anglo-saxonnes qui ont subi dans une mesure appré-

1. *La Fonction juridique du droit civil comparé*, p. 917.

2. *Id.*, p. 918.

ciable l'influence des droits étrangers. « Entre ces deux groupes de législations », nous dit-il encore (1), « les éléments susceptibles de servir à la construction d'un fond juridique commun sont nombreux et apparents ; les uns sont d'ordre historique ; d'une part l'existence d'un certain nombre de sources communes auxquelles se sont alimentées toutes ces législations : les coutumes germaniques derrière la diversité desquelles apparaissent tant de constructions communes, et entre lesquelles il y a eu pendant la période franque, tant d'emprunts réciproques ; le droit féodal dont la noblesse avait colporté partout les conceptions universelles ; le droit romain et le droit canonique, dont je viens de rappeler le caractère de droit de la chrétienté ; d'autre part, ces phénomènes d'interpénétration, d'imitations juridiques qui ont été très bien mis en lumière dans un grand nombre de communications, pour qu'il soit utile d'insister. D'autres éléments sont d'ordre scientifique ; c'est notamment le caractère international qu'a revêtu presque jusqu'à nos jours la branche la plus florissante de la littérature juridique, la littérature du droit romain moderne. Enfin, les éléments les plus nombreux peut-être sont d'ordre économique ; rapprochement dans les conditions de la vie sociale ; révélation des besoins économiques identiques ; apparition de créations similaires dans la pratique de ces divers pays. Somme toute, les divergences entre ces légis-

1. Rapport au Congrès, *loc. cit.*, p. 44-45.

lations codifiées ne sont guère plus nombreuses et plus profondes qu'elles ne l'étaient entre les coutumes rédigées, du xvi^e siècle. Pourquoi, dès lors, de la comparaison des premières ne jaillirait-il point un droit commun législatif comme de la comparaison des secondes a jailli un droit commun coutumier ? »

La différence sur ce point entre la conception de Raymond Saleilles et celle de M. Lambert paraîtrait à première vue sensible ; et pourtant il n'y a réellement entre elles qu'une simple différence de mots. Car toutes les fois que Raymond Saleilles écrit ou envisage son expression : « droit commun de *l'humanité civilisée* », il ne veut entendre que le droit qui se dégage précisément de l'étude comparative de l'ensemble des droits latins et germaniques, avec peut-être une part beaucoup plus large réservée aux constructions juridiques anglo-saxonnes, malgré l'esprit particulariste et la tendance conservatrice des droits anglais et écossais. C'est ce qu'il ne cesse de faire pendant les douze années d'enseignement du droit civil comparé, et c'est ce qui ressort clairement de l'esprit de toutes ses études de droit civil comparé, où il est question de ce droit commun à transporter dans le droit national. Certes, la forme dont il revêt sa pensée serait peut-être susceptible d'être interprétée bien différemment ; mais la conclusion que nous présentons ne manquera jamais de s'imposer, quand on rapprochera les nombreuses études du maître, afin d'en fixer l'esprit et de mesurer exactement la portée des expressions qui s'y trouvent.

Mais en laissant de côté cette première divergence entre les deux conceptions, il nous semble qu'elles diffèrent encore sur un point essentiel. Pour Raymond Saleilles le « droit commun de l'humanité civilisée » est, comme nous l'avons bien précisé, un idéal destiné à remplacer le vieux droit naturel tombé en ruines, un idéal qui s'appuie sur la base solide du droit vivant : c'est le produit d'une science *auxiliaire* et *subordonnée* ; tandis que pour M. Lambert le « droit commun législatif » qui doit contribuer également à l'amélioration du droit national, est le produit non plus d'une science auxiliaire, mais d'une science *principale*, ayant son autonomie, sa conception et son objet propre. Et de même, pour M. Lambert, la collaboration à l'amélioration du droit national ne forme pas la fonction essentielle de cette science indépendante, mais seulement la principale de ces utilités accessoires et le plus important de ses modes d'action, de ses outils (1). Car la science indépendante du droit civil comparé, telle qu'elle est conçue par M. Lambert ne se propose pas seulement de contribuer au perfectionnement du droit interne ; elle doit avoir comme but *immédiat* (2) la recherche des moyens qui permettent sinon d'effacer, du moins de diminuer, dans la mesure du possible les divergences législatives accidentelles, qui séparent les droits frères ou parents, et de les rapprocher

1. « Fonction juridique du droit civil comparé », *loc. cit.*, pp. 901-902.

2. *Id.*, pp. 903 et 907.

dans la poursuite d'un idéal commun de progrès, autant que le permettraient la similitude des aspirations sociales et des besoins économiques et l'analogie des instruments juridiques dont ils disposent.

Nous voici arrivé à la fin de ce présent chapitre. Nous pensons avoir rendu la conception de Raymond Saleilles avec beaucoup de fidélité, de manière à ce qu'elle apparaisse bien claire et débarrassée des interprétations qui l'ont parfois obscurcie. Il nous reste maintenant à prendre en considération un problème aussi important que celui de la fonction juridique de cette science auxiliaire, à savoir celui de la méthode d'interprétation, de la réalisation de l'absorption des données dégagées par elle, dans l'ensemble des constructions juridiques nationales. Ce sera l'objet du troisième chapitre, dont nous abordons la construction.

CHAPITRE III

La méthode d'interprétation du droit civil comparé

Comme nous l'avons dit, ce troisième chapitre du présent volume de notre ouvrage, contient l'étude de la *méthode* et des moyens, qui doivent permettre la pénétration des règles dégagées des études des droits étrangers dans le domaine du droit national, en vue du perfectionnement de ce dernier, — et aussi de la mesure et des modalités sous lesquelles cette pénétration doit s'accomplir, d'après Raymond Saleilles. Mais, avant d'entrer au cœur même du problème, nous devons avertir que le présent chapitre sera exclusivement consacré à la méthode du droit civil comparé envisagé au point de vue pratique, en tant que science auxiliaire du droit national et dont nous avons analysé la fonction juridique dans le chapitre précédent. Nous laisserons encore intentionnellement de côté la méthode de cette science envisagée au point de vue scientifique — en tant que sociologie juridique —, méthode bien différente de celle que nous allons étudier. Et ceci, d'abord parce que Raymond Saleilles ne lui con-

sacre qu'une faible attention dans ses travaux de droit comparé, ensuite parce qu'elle ne saurait prétendre à l'importance considérable que présente au point de vue des réalisations juridiques positives la méthode si féconde de la science auxiliaire du droit civil comparé, de l'« art juridique », comme l'appelle M. Lambert.

Il y a trois procédés, très inégaux comme rendement, comme apports profitables, de réaliser cette pénétration salutaire : le premier, par voie d'exploitation directe, d'adoption consciente et réfléchie, c'est-à-dire par des réformes législatives ; le deuxième, par voie d'orientation scientifique c'est-à-dire par l'interprétation doctrinale, enfin le troisième par voie d'interprétation jurisprudentielle.

Le travail législatif est peu fécond ; il ne présente qu'un très faible degré de précision et la plupart des fois ne peut fournir que des suggestions, et non des directions positives, surtout quand il s'agit de droit civil. Et cela est d'évidence : le législateur qui veut accomplir une réforme, ou créer un texte de loi à l'aide des droits étrangers, étudie ces domaines juridiques lui-même, sans méthode, souvent très sommairement et même incomplètement, sans tenir compte d'une foule de considérations qui conditionnent inévitablement son travail (1).

1. Comp. sur ce point *Lambert, op. cit.*, pp. 893-894 : « les législateurs ne sont pas toujours armés pour ce genre de recherches et le caractère fragmentaire des enquêtes auxquelles ils procèdent les expose à des méprises. Ils sont trop portés à ne

Il en serait autrement cependant si ce travail du législateur était guidé, réglé et surveillé par les études des jurisconsultes, par l'interprétation doctrinale, qui préparent lentement et méthodiquement les esprits à l'introduction des nouvelles institutions juridiques et même contribuent à la bonne réglementation législative de celles-ci. Les exemples abondent dans le domaine du droit civil de pareilles institutions adoptées par le législateur à la suite des travaux éclairés des jurisconsultes. Car dans les temps modernes, grâce aux facilités de communication, on est très rapidement à même de connaître les tentatives faites dans les pays étrangers pour créer les institutions juridiques nécessaires aux nouveaux besoins et correspondant à eux. Et comme les lois de l'imitation collective sont inéluctables, comme les besoins de toute sorte, des peuples arri-

tenir compte que des textes officiels sans s'enquérir des tempéraments ou des transformations qu'ils ont reçus dans la pratique et qui, dans nombre de cas, en expliquent les effets. Ils n'aperçoivent pas toujours que telles ou telles règles, dont les avantages les séduisent sont les pièces naturelles d'organismes juridiques très différents du leur. Les travaux préparatoires des principales lois votées par nos parlements dans ces dernières années démontrent amplement que ce ne sont point là craintes chimériques. D'autres dangers sont inhérents à la nature même du procédé suivi, qui révèle bien au législateur les résultats de chacune des expériences instituées à l'étranger, mais sans lui faire connaître, en même temps la part d'influence exercée sur l'issue de l'expérience par les particularités du terrain de culture où elle a été tentée. L'absence de ces données indispensables, que l'étude technique et externe des systèmes de droit ne suffit point à procurer, risque de fausser les prévisions tirées du succès d'une épreuve qui, renouvelée dans un milieu trop différent de celui où elle a réussi, peut y échouer pitoyablement. »

vés à un même degré de civilisation présentent une saisissante analogie, le législateur est naturellement amené à imiter sans réfléchir ces types d'institutions étrangères. C'est donc la doctrine qui doit mettre en garde le législateur contre de pareils procédés ; et combien plastique est la pensée du maître (1) : « Ces facilités sont devenues un danger parfois, pour ces rivalités d'adaptation réciproque, parce qu'on connaît souvent trop tôt les essais qui se font ailleurs, et qu'on cherche à se les assimiler avant même qu'ils aient fait leurs preuves et que l'on sache s'ils peuvent réussir. Il en est de certaines institutions juridiques comme des nouveaux remèdes qui passent la frontière avant même que l'on sache s'ils tuent ou s'ils guérissent. Le danger est donc aujourd'hui dans une initiation trop hâtive, qui risque d'être en contradiction avec les mœurs nationales, plutôt que dans une stagnation stérile. Si donc, il se fait, sous ce rapport comme un échange forcé d'institutions juridiques, une sorte d'internationalisation lente et progressive du droit, il importe, par le fait même, que la science recherche les lois de ces répercussions réciproques, afin d'en régulariser la marche et d'empêcher qu'elles ne nuisent au développement du droit national, plutôt que de le favoriser. »

Donc, beaucoup plus que par voie législative, le progrès et l'adaptation des institutions juridiques aux besoins sociaux se feront par voie d'interprétation

1. *Droit civil et droit comparé*, loc. cit., p. 28. Cf. Capitant, *op. cit.*, p. 97.

doctrinale et jurisprudentielle. C'est à l'aide de ces interprétations que le droit comparé pourra exercer son action féconde, pourra remplir utilement son rôle dans la technique de l'interprétation, et dans l'œuvre d'élaboration du droit. C'est sur cette *technique de l'interprétation* que nous croyons devoir nous arrêter un peu, car il nous semble indispensable d'exposer préalablement les idées de Raymond Saleilles sur son caractère et sa fonction (1). Car il ne s'agit pas seulement, dans cette élaboration, d'une comparaison à établir et d'une critique à présenter, mais, ce qui est autrement important, d'un renouvellement des méthodes d'interprétation juridique à réaliser, et « sous ce rapport la fonction doctrinale du droit civil comparé se confond avec sa fonction jurisprudentielle ; car les solutions que propose la doctrine par voie d'interprétation sont les mêmes qui s'offrent à l'acceptation des tribunaux. Il s'agit donc de savoir si l'interprétation du droit national doit et peut se faire conformément à l'orientation fournie par le droit comparé et par conséquent dans le sens des solutions qui, à un moment donné de l'histoire constituent le type idéal du progrès juridique » (2).

Dans l'œuvre d'élaboration de la science du droit, Raymond Saleilles distingue nettement les trois facteurs : la loi, la doctrine et la jurisprudence. A cha-

1. Voyez sur cette question très subtile et extrêmement délicate l'admirable résumé qu'en fait M. Capitant (*op. cit.*, pp 98 et sq.)

2. Rapp. au Congrès, *Bull. Sté. lég., comp., loc. cit.*, p. 398.

cun de ces trois facteurs il assume un rôle précis, bien distinct de celui des autres ; mais ces trois rôles doivent nécessairement rester en harmonie entre eux pour que leur action soit efficace et féconde. Et il s'exprime à ce propos d'une manière décisive (1) : « Il y a dans un Code une partie immuable qui ne peut être modifiée que par la loi : ce sont les solutions de droit positif expressément formulées, en termes non douteux, par le législateur. Puis il y a une partie évolutive, mouvante et progressive, qui, de par la volonté même du législateur, doit se développer et se modifier en dehors de toute intervention législative : c'est la part réservée aux constructions doctrinales et aux conceptions théoriques. Enfin, il y a un troisième élément sur lequel aura sa répercussion pratique l'évolution des doctrines, c'est la casuistique des espèces, laissée consciemment et volontairement au libre pouvoir de la jurisprudence. Ainsi se combinent, dans une harmonie bien autrement féconde que l'unité de fonctions admise par l'école classique, les rôles respectifs de la loi, de la doctrine et de la jurisprudence. »

Donc, d'abord le texte de loi, précis et visant un cas réellement défini. Sous cette dénomination, Raymond Saleilles comprend non seulement la loi proprement dite, mais « toute forme écrite de droit positif, pour l'ensemble de la collectivité ou pour un groupe purement partiel de l'ensemble » : un décret,

1. Préface au livre précité de M. Léon Lyon-Caen, pp. VIII-IX.

dans les limites de son domaine d'application, un règlement administratif, etc. En présence de cette volonté expressément manifestée du législateur, l'interprète du droit ne pourra opposer les données dégagées du droit comparé, en vue de l'interprétation : « La loi » — dit-il encore — « est faite... le problème social qu'elle avait à résoudre elle l'a tranché dans un sens ou dans un autre ; mais une fois tranché, il n'appartient plus au juge, ni à l'interprète de le trancher à nouveau » (1).

Tout au plus les jurisconsultes pourront, à l'aide du droit comparé, raffermir la critique d'une loi, au cas où elle sera mauvaise et essayer de « susciter un courant d'opinion en vue d'une réforme législative. »

De même, l'action de la doctrine sera de peu de profit, au cas où des institutions juridiques ont été empruntées par le législateur « manifestement et volontairement » (2) à l'étranger. Il sera tout à fait normal de régler leur application d'après le modèle étranger que le législateur a eu en vue et ceci non seulement à l'aide des tribunaux, mais aussi à l'aide des autorités politiques ou administratives « qui ont pour mission d'appliquer la loi ou de développer une institution conformément à son but essentiel » (3).

1. *Droit civil et droit comparé*, loc. cit., p. 9. Voyez encore : *les Méthodes d'enseignement du droit et l'éducation intellectuelle de la jeunesse*, loc. cit., p. 324 : « bien entendu, si la loi est formelle et qu'elle soit mauvaise, nous ne leur dirons pas que l'interprète peut s'élever au-dessus de la loi ; ce serait de l'anarchie sociale... Nous admettons encore le *dura lex, sed lex* car la loi est la loi ».

2. *Bull. Sté. lég. comp.*, 1899-1900, p. 398.

3. *Idem*, *ibid.*

Laissons donc de côté ces hypothèses et occupons-nous des cas infiniment plus nombreux et plus intéressants où les problèmes qui se posent devant les tribunaux et les juristes n'ont point été prévus et tranchés expressément par le législateur. Et cette situation se rencontre très fréquemment, surtout quand on fait appel à des textes de loi vieillis ou tout au moins anciens, pour résoudre des problèmes issus des modifications successives et profondes du milieu social, économique et politique, des mœurs et même des conceptions morales, et des transformations inévitables des conditions de la vie juridique. Car ce sont là des points dont le législateur ne peut aucunement prévoir l'existence pour l'avenir, quelque minutieux que soit le soin avec lequel il élabore la loi et c'est précisément sur cet immense terrain d'incertitudes et de controverses qu'il est de toute nécessité de guider le juge, en lui fournissant des règles *objectives* pour les décisions qu'il est appelé à rendre. « La grande loi qui doit dominer l'interprétation juridique c'est l'objectivité », dit Raymond Saleilles (1) ; il faut donc à tout prix, pour la sauvegarde des relations juridiques empêcher le juge de s'abandonner sans méthode à ses inspirations personnelles, ou de se laisser arbitrairement guider par ses opinions philosophiques, sociales ou politiques,

1. *La fonction juridique du droit comparé*, loc. cit., p. 169. Comp. encore : *Bull. Sté lég. comp.*, 1899-1900, p. 405 ; *Ecole historique et droit naturel*, loc. cit., pp. 105, 109 ; *Droit civil et droit comparé*, p. 19.

critérium purement subjectif, extrêmement fragile et dangereux, car il ébranle, même quand il répond à des idées justes, les bases de la certitude juridique. « Le juge ne peut jamais, dans aucune question d'interprétation se désintéresser du côté social du problème et encore moins se tenir à l'écart des courants d'opinion qui tendent à influencer sur l'ensemble du droit national. Seulement, et c'est ici le point très délicat du problème, comment le juge pourra-t-il et devra-t-il dans son interprétation tenir compte d'idées nouvelles qui, presque toujours, auront été complètement étrangères aux préoccupations de ceux qui ont fait la loi ? Suffira-t-il qu'il considère que tel point de vue soit le meilleur en soi, le plus équitable, le plus conforme à la conception actuelle du droit et de la justice, pour qu'il oriente dans ce sens son interprétation et que, sauf le cas où le texte s'y opposerait formellement, il la fasse prévaloir, dès qu'il peut y avoir prise au doute ?

J'avoue que la question posée sous cette forme est des plus troublantes ; car, si on la résout par l'affirmative, c'est la porte ouverte à bien des arbitraires, c'est le juge investi du droit de faire prévaloir son opinion philosophique, politique ou sociale, à l'encontre peut-être de ce qu'exige vraiment l'équité et de ce que réclame la pratique. Non seulement les intérêts privés peuvent se trouver ainsi mis à la merci de toutes les diversités d'appréciation, mais surtout, même à supposer que l'appréciation du juge soit la meilleure en soi, sous le rapport de

l'équité, n'y a-t-il pas à craindre malgré tout, de voir la jurisprudence soumise à de brusques revirements qui jettent l'incertitude dans les affaires et dans les négociations privées ?

La certitude du droit est la première des garanties sociales, celle que la loi doit assurer avant tout aux citoyens... L'idéal serait, par conséquent d'assoir les éléments d'interprétation tirés du point de vue économique ou social sur des bases objectives qui échappent autant que possible à l'arbitraire du juge et qui permettent aux intéressés certaines prévisions susceptibles de les guider et de leur donner quelque sécurité.

Tel est le problème ; c'est le plus complexe et le plus délicat que se puisse imaginer. Mais quoi qu'on fasse, ce problème ne peut être écarté... parce qu'il faut voir les choses comme elles sont ; et en fait, on ne pourra jamais empêcher qu'un juge, lorsqu'il n'est pas emprisonné par un texte et que la loi semble lui laisser les coudées franches... ne se laisse guider par certaines préoccupations, fussent-elles inconscientes, qui se rattachent aux grands courants d'opinion du jour, soit pour les suivre, soit pour s'y opposer. Alors, si tel est le fait, mieux vaut essayer de le réglementer sur des bases objectives, et de lui tracer certaines règles approximatives » (1).

1. *Droit civil et droit comparé*, p. 18-19. Comp. aussi : *Les méthodes d'enseignement du droit*, loc. cit., p. 322 : « là où le texte n'impose pas une solution formelle, l'interprète doit se guider par les nécessités de fait et par les postulats qui résultent des lois

Et avant de fixer ces *bases objectives* de l'interprétation juridique, Raymond Saleilles rappelle, pour en constater une fois de plus la stérilité et l'impuissance, la méthode d'interprétation rationnelle, des premiers interprètes du Code civil, la méthode *traditionnelle* (1). Les jurisconsultes de cette école, imbus de l'autorité toute-puissante de l'élément légal, de la loi codifiée se consacraient uniquement à rattacher à cette expression de volonté du législateur toutes les solutions qu'ils faisaient sortir des textes à l'aide des raisonnements et de tout un appareil de logique déductive et constructive — onbliait par là le mouvement continu de génération spontanée du droit et méconnaissant les conditions fondamentales de son évolution, — données indubitablement essentielles pour une interprétation *vraie* et féconde. De sorte que ce premier vice de la méthode traditionnelle a

sociologiques et économiques dans la mesure où ces résultats de constatation objective peuvent s'adapter à l'ensemble du droit positif et s'harmoniser avec lui. V. encore : *Les méthodes d'enseignement du droit*, loc. cit., p. 318-319. « Pendant longtemps on se contenta dans l'enseignement du droit de l'idéal un peu terre à terre de la logique pure. On partait de l'idée très simple, mais très fausse, que la loi, étant l'expression d'une volonté collective, la volonté du législateur, il suffisait pour l'appliquer, d'une recherche de volonté et il n'y avait pour cela qu'à utiliser les procédés de logique déductive, qui servent à toute interprétation de volonté. Le juriste élevé à cette école ne s'embarrassait ni d'histoire, ni d'économie politique, ni de droit comparé : un texte, les travaux préparatoires du texte, un bon syllogisme destiné à adapter le texte à l'espèce, et tout le mécanisme d'investigation juridique était prêt à fonctionner ; il n'en fallait pas plus. »

1. « Echaffaudage vermoulu », selon son expression (Préface au livre précité de Léon Lyon-Caën, p. VIII).

ouvert la voie toute grande à l'abus des constructions juridiques, des créations dogmatiques — corollaires inévitable de la fausse compréhension du problème. Partant du postulat que *la loi* doit fournir indéfiniment et exclusivement des solutions pour toutes les difficultés juridiques qui se présentent, il est indispensable — étant donné que cette loi ne tranche d'une façon expresse qu'un tout petit nombre de problèmes, que le jurisconsulte-interprète se livre à la recherche des principes, rapprochant les décisions rendues par la loi sur des questions ressemblantes, cherchant ainsi l'idée plus générale qui a inspiré le législateur et le principe commun qui domine ces diverses décisions. Car, derrière ce principe se trouve la conception ou construction juridique qui l'éclaire, qui en fixe la portée d'application. Ensuite, de ces principes, il doit dégager par une opération inverse de déduction, toutes les conséquences logiques qu'elles comportent, conséquences qui lui fourniront naturellement la solution dans un cas semblable (1).

Comme il était bien naturel, cette école rationaliste a creusé entre le droit des livres et le droit vivant un « abîme infranchissable » (2). La jurisprudence ne consentait pas, et avec raison, de suivre la doctrine sur le terrain des déductions logiques,

1. Sur cette question voyez les détails précieux donnés par M. F. Gény dans son magistral livre : *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, déjà cité, notamment chap II, pp. 114-175. V. aussi Esmein : *La jurisprudence et la doctrine*, (*Rev. trim. dr. civ.*, 1902, p. 5 et sq., p. 9 et sq).

2. Saleilles, *Code civil et méthode historique*, p. 99.

froides et stériles. Sous l'influence profonde de la réalité, de la marche évolutive de la vie humaine, elle ne pouvait s'en remettre pour donner la solution juste d'une difficulté juridique, à la prétendue volonté d'un législateur ancien, volonté dont l'expression ne concorde plus avec les exigences du moment. Ce n'est que vers la fin du siècle précédent que cet abîme a été comblé, que l'air et la lumière de la réalité ont modifié les procédés surannés de la doctrine. Il nous semble inutile de rappeler les noms des initiateurs de ce mouvement infiniment précieux d'harmonisation, — noms qui sont présents dans toutes les mémoires. Ces jurisconsultes de génie ont guidé la doctrine vers la seule méthode conforme à la réalité des choses, celle de l'observation des faits. Ce n'est qu'à l'aide de la méthode *historique* que la doctrine peut utilement entreprendre le travail de coordination, de systématisation et de synthèse de la jurisprudence, qui n'est, selon le mot de M. Eismein, qu'un « pur produit historique » (1) ; car ce travail constitue la première tâche qui lui incombe dans l'exercice de son grand rôle. C'est ce que remarque aussi M. Lambert (2) en parlant de « cette systématisation de l'ensemble déjà très complexe et très touffu des règles jurisprudentielles, systématisation qu'il faudra reprendre chaque jour, les maximes de la jurisprudence se modifiant et se

1. *Op. cit.*, p. 13.

2. *Une réforme nécessaire des études du droit civil, loc. cit.*, pp. 238-239.

renouvelant perpétuellement en même temps que la société. Le jurisconsulte contribuera par là à diminuer les inconvénients qu'entraîne pour la sécurité des relations juridiques la formation spontanée et coutumière du droit, en révélant au public l'état actuel de la jurisprudence, ses lignes directrices, les points sur lesquels elle est déjà fixée, ceux sur lesquels elle demeure encore incertaine. Pour éclairer la portée des règles jurisprudentielles, faciliter l'appréciation de leurs chances de stabilité, préjuger dans la mesure du possible la solution des problèmes encore ouverts, nous suivrons soigneusement l'histoire de la jurisprudence, avec la préoccupation de découvrir d'où elle vient, où elle va. Nous rendrons un service déjà appréciable à la stabilité des relations juridiques. »

Il ne faudrait pas cependant, à côté de ce domaine immense d'investigation, négliger la connaissance des textes et l'exposition des principes juridiques. Cet élément qui jadis constituait pour le droit son fond tout entier, doit nécessairement avoir sa part, essentielle et principale. Il ne faut pas non plus que cette étude directe et synthétique de l'ensemble des interprétations jurisprudentielles accapare le jurisconsulte ; le plus beau de son rôle est ailleurs. C'est ce qui semble être perdu de vue par la doctrine, et c'est ce qui préoccupe constamment Raymond Saleilles : la collaboration *directe* de celle-ci, sous la poussée des nécessités sociales, à l'œuvre d'élaboration et d'évolution du droit. Le jurisconsulte doit

éclairer la voie devant la jurisprudence, méthodiquement, scientifiquement ; par son travail d'initiateur, il doit préparer l'élimination des règles juridiques non conformes aux besoins du moment, des solutions hors d'usage, qui ne s'adaptent plus à la vie sociale et économique ; il doit enfin proposer à la jurisprudence, hardiment, en vue de leur adoption par celle-ci, des concepts nouveaux, bien adaptés aux conditions d'existence de l'époque. « Entre le législateur qui ordonne et le juge qui exécute, il y a place pour une fonction intermédiaire, celle de la doctrine, qui coordonne, qui construit et qui vivifie incessamment l'ensemble harmonieux du droit national, pour en préparer l'application organique, au lieu de l'exécution brutale (1). » « On voit par là », — nous dit-il encore, car nous ne saurions nous passer de ces extraits de son œuvre même (2), — « quelle interversion des facteurs va se substituer à l'opposition classique entre doctrine et jurisprudence : l'une, plus littérale, plus conservatrice, plus dédaigneuse des faits et plus attachée aux raisonnements purs ; l'autre, plus influencée par les nécessi-

1. *Droit civil et droit comparé, loc. cit.*, p. 25.

2. *Ecole historique et droit naturel, loc. cit.*, p. 104. Rapprocher ce que dit M. Lambert à ce propos (*op. cit.*, p. 239) : « Du moment où nous prenons conscience que l'objet de notre étude est le complexe mouvant des relations juridiques actuelles, nous redevenons en état de prendre utilement, dans l'œuvre continue d'adaptation du droit, la part importante de collaboration qu'avaient eue constamment nos anciens auteurs. La jurisprudence, même fixée, n'est pas à l'abri de l'évolution. Nous devons, nous pouvons travailler à provoquer cette évolution future. Nous avons

tés pratiques, allant de l'avant et forçant la main à la doctrine. De quelque côté que vienne l'impulsion progressive, nous la saluerons et nous ne nous plaindrons pas d'une substitution des rôles. Mais régulièrement, scientifiquement, les hardiesses doivent venir de ceux qui taillent dans le vif et qui travaillent dans l'abstrait et les scrupules de ceux qui se heurtent aux intérêts concrets ressortant des réalités de la vie. »

Et il n'abandonne jamais cette idée fondamentale : on la retrouve un peu partout, dans ses travaux de droit civil comparé ; il revient sans cesse sur la fécondité de son rôle, sur le progrès indubitable auquel elle peut conduire, choisissant les expressions

plus de chances d'être écoutés en nous adressant à la jurisprudence que les *interprètes du Code civil* qui s'adressaient au législateur. Le législateur ne daigne que rarement reprendre à nouveau l'examen des questions qu'il a déjà tranchées ; la jurisprudence est au contraire amenée par la répétition des mêmes litiges à recommencer souvent l'étude des mêmes problèmes. Quand nos critiques seront réellement fondées, si elles démontrent l'injustice ou le caractère anti-économique d'une solution jurisprudentielle, elles prépareront souvent l'élimination de cette solution. Mais notre collaboration au travail quotidien de dégagement du droit s'exercera surtout sur les nombreuses questions qui restent encore ouvertes. Leur existence est une grave menace pour la sécurité des relations juridiques. L'intérêt public demande que, loin d'entraver la fixation de la jurisprudence comme l'a fait l'école des *interprètes du Code civil*, nous nous efforcions de hâter cette fixation, en guidant la jurisprudence dans la découverte de la solution satisfaisante.

Dans cette recherche, nous devons nous inspirer à la fois de la préoccupation de maintenir dans notre droit l'harmonie indispensable à sa révélation facile et à la sécurité des relations juridiques et du souci de ne point méconnaître les exigences de la vie sociale et économique. »

les plus propres, martelant les mots, toujours confiant en la réelle valeur de sa méthode : « il fut de mode, autrefois », écrit-il encore en 1911 (1), « d'opposer la doctrine à la jurisprudence et de considérer l'une comme la gardienne des principes immuables et des textes intangibles en lui donnant pour fonction d'arrêter la marche novatrice de la jurisprudence... La doctrine, bien loin d'être investie de ce rôle de police conservatrice en face d'une jurisprudence émancipée, est chargée tout au contraire de cette mission de science constructive... Elle est à l'avant-garde et non pas à l'arrière. Toucher à la construction... y introduire des courants nouveaux, correspondant aux tendances de l'opinion et aux besoins de la pratique, tout cela n'est guère le fait d'un juge, qui n'a à solutionner qu'une espèce isolée et qui risque, en la solutionnant au rebours des précédentes, de bouleverser toute l'économie générale du droit. Mais tout ce vaste travail scientifique est, au contraire, la fonction même de ceux qui étudient le droit dans son ensemble et qui cherchent dans des cadres harmonieux et logiques, où puissent entrer toutes les conquêtes juridiques de la pratique et de la vie. C'est à eux de modifier les concepts ou d'en introduire de nouveaux, à eux également de traduire en formules juridiques ayant la frappe du droit, les conceptions de pure justice qui sont la résultante des grands courants nationaux, à eux

1. *Droit civil et droit comparé*, p. 23-24.

enfin de concilier ces formules nouvelles avec l'ensemble de la construction juridique. Telle est l'œuvre de la doctrine, œuvre d'avant-garde et de progrès. Bien loin de suivre de loin la jurisprudence et de l'arrêter dans sa marche, elle doit, au contraire, la précéder pour l'éclairer, pour la guider et l'inviter à entrer dans les voies nouvelles qu'elle a préparées. »

Et pour accomplir utilement cette importante besogne, Raymond Saleilles préconise pour la doctrine le procédé de l'école traditionnelle des *interprètes du Code civil* — c'est-à-dire l'emploi des constructions juridiques « édifiées avec d'autres matériaux que ceux qu'employaient nos prédécesseurs, élevées avec une vue plus claire de leur véritable nature » (1), et employées très prudemment en tant que simples instruments, simples *procédés techniques*, et non comme des principes de droit, doués d'une autorité toute-puissante et d'une immuabilité rigide et dont on prétendrait attribuer la paternité au législateur. « Le droit », dit-il, « est avant tout une science rationnelle et... par conséquent tous ceux qui ont à solutionner une question de droit chercheront avant tout à expliquer les textes et dispositions légales par des concepts et constructions théoriques qui les rattachent à un principe de raison » ; (2) et encore (3) : « le droit ne peut se passer des constructions théoriques... qui pour devenir

1. Capitant, *op. cit.*, p. 103.

2. *Droit civil et droit comparé*, p. 19.

3. *Id.*, p. 20. V. aussi : « Préface au livre de M. L. Lyon-Caen », *loc. cit.*, pp. XII, XV.

susceptibles d'applications juridiques doivent sortir du vague et de l'imprécision de leur formule, purement sociale, pour se condenser en concepts rationnels, dont les contours soient nettement limités et dont on puisse tirer des applications pratiques qui échappent à l'arbitraire. Une construction juridique est donc la mise en formule positive d'idées rationnelles, tirées du point de vue social et ramenées à des précisions qui les soustraient autant que possible à l'arbitraire » ; et à l'incertitude juridique qui en découle (1).

Donc, des instruments, et rien que des instruments de réalisation, du droit à l'aide de l'ensemble de

1. Pour rendre plus saisissables ces abstractions, Raymond Saleilles prend des exemples concrets qui éclairent admirablement sa pensée ; d'abord, la question de l'obligation personnelle et indéfinie de l'héritier aux dettes de la succession, en droit romain ; il démontre que cette idée pouvait très bien s'expliquer par le sentiment familial, surtout quand il s'agissait des héritiers en ligne directe, mais que les Romains, « ces constructeurs de génie » ne se sont nullement contentés de cette justification purement sentimentale, et lui ont substitué un concept de raison pure : l'obligation indéfinie de l'héritier découlait de ce que celui-ci succédait à la *personnalité juridique* du défunt, c'est-à-dire à l'individualité abstraite, considérée comme le centre et le sujet de tous les droits et de toutes les obligations. Sur la même question, on fit intervenir ensuite, en droit coutumier français, le concept nouveau de la saisine (*Droit civil et droit comparé*, pp. 20-22). Prenant un deuxième exemple : « la conception doctrinale du droit du mari par rapport aux droits individuels de la femme », en droit civil allemand, il démontre l'utilité incontestable des créations de la doctrine, pour fournir le critérium précis qui permette de distinguer entre les deux grands domaines du problème : celui de la vie commune du ménage, où le mari reste le maître, et celui de l'activité personnelle de la femme, où, sauf une restriction (ne pas porter atteinte aux intérêts du ménage), elle garde son indépendance entière (Préface au livre de M. Lyon-Caen, *loc. cit.*, p. XXII). Les sentiments et les instincts populaires sont certes nécessaires en matière juridique, mais on doit « les transformer par la raison en assises profondément ancrées dans les esprits. Il faut confier à la logique de l'esprit ce qui vient de

matériaux fournis par le législateur et par la jurisprudence. C'est là leur caractère essentiel ; elles doivent être en même temps aussi peu rigides que possibles, susceptibles d'applications aux nécessités de toute sorte qui se font jour. « L'essence de toute construction juridique, puisqu'elle est l'œuvre de la doctrine et non de la loi est d'être incessamment en marche : incessamment mobile et progressive » (1).

Et c'est précisément, dans la conception de Raymond Saleilles, le droit civil comparé qui fournira à la doctrine par le développement scientifique qu'une institution que l'on envisage aurait reçu, ailleurs que dans le droit national, des procédés de construction doctrinale qui soient susceptibles de s'adapter aux principes généraux du droit positif national. C'est un champ immense d'observation que cette méthode ouvre au travail des juriscultes. « Elle assure en même temps à l'interprétation jurisprudentielle, les bases positives dont elle a besoin pour la protéger contre le danger de l'arbitraire. Les règles que la doctrine soumet à son appréciation se recommandent à elle par leur caractère d'universalité ; car étant admises dans les divers pays, elles peuvent être considérées comme l'idéal juridique vers lequel il faut s'orienter. Méthode

l'inspiration du cœur ; sinon, on bâtit sur le sable » (*Droit civil et droit comparé*, p. 21).

1. *Id.*, p. 22. Comp. Préface précitée, p. XV : « un moule assez flexible pour qu'il puisse se prêter à toutes les exigences de la vie » ; *ibid.*, p. XVIII : « élément essentiellement progressif et mouvant qui représente dans le domaine du droit la mobilité des répercussions économiques et sociales ».

attrayante s'il en fut et bien faite pour séduire les esprits, mais en même temps méthode pleine de prudence, on ne saurait trop le remarquer. Car, avec elle, les importations étrangères ne risquent pas d'être jetées dans le droit national. Leur adoption est lentement préparée par les jurisconsultes. Proposée par l'un d'eux, il faut que la règle nouvelle soit accueillie par les autres, il faut qu'elle obtienne l'adhésion de la doctrine ; il faut ensuite qu'elle subisse l'épreuve des faits et trouve faveur auprès des tribunaux. Ce n'est donc pas une voie imprudemment ouverte que cette méthode offre à la pénétration du droit comparé. Des barrières successives en ralentissent la marche ; et ce n'est qu'autant qu'elles se sont écartées devant lui qu'il acquiert ses lettres de naturalisation » (1), son « droit de cité » (2).

1. Capitant, *loc. cit.*, pp. 110-111. Comp. encore p. 108, même auteur, dans un très succinct et fidèle résumé de la pensée du maître : « Il fournira en effet au jurisconsulte un champ d'observation tout nouveau, qui lui permettra d'éprouver la valeur et la solidité des constructions nationales, de les modifier et même d'en introduire des nouvelles, pourvu que celles-ci soient en harmonie avec l'ensemble du droit interne et n'en trouble pas l'économie. Si des enseignements du droit comparé il ressort qu'une même idée explique la réglementation juridique d'une institution dans plusieurs législations, cette conception ne se trouvera-t-elle singulièrement fortifiée ? Et le jurisconsulte constatant ainsi l'unité de principe, n'aura-t-il pas le droit d'en conclure que telle conséquence adoptée par une des législations étudiées doit être acceptée chez nous ? Souvent aussi la construction édictée par la doctrine étrangère lui paraîtra préférable à la nôtre et susceptible, tout en s'accordant avec les textes de la loi française, de faire jaillir toute une série de règles nouvelles que la jurisprudence acceptera. Enfin, il pourra, à condition d'agir avec prudence et circonspection et de ne pas briser les cadres du droit interne, y introduire des conceptions doctrinales, pouvant donner satisfaction à des besoins nouveaux ».

2. Saleilles, *Bull. Sté. lég. comp.*, 1899-1900, p. 402.

Et comme il fait toujours, quand il veut démontrer la véracité d'une règle juridique ou d'une méthode, Raymond Saleilles prend des exemples concrets et précis en ce qui concerne cette méthode si attrayante que nous venons de décrire ». Supposons, dit il, « un conflit de lois qui s'élève sur une question empruntée à cette matière des *assurances*. Il faudra d'abord déterminer quelle sera la loi applicable, française ou étrangère. Ce sera un problème de droit international privé. Et il se résoudra, à défaut de textes, d'après les principes en quelque sorte internationaux, dont il vient d'être parlé. Admettons donc que, dans l'espèce, la solution soit en faveur du droit français. Il faudra appliquer le droit français. Mais il peut se faire, surtout s'il s'agit d'assurances sur la vie, qu'on ne sache pas où trouver et comment déterminer le droit français sur la question. De texte, à proprement parler, il n'y en a pas. Il n'y a guère sur la plupart des points que des arrêts. Il y a tout au plus et encore pas toujours un droit jurisprudentiel. Mais la jurisprudence elle-même varie et évolue. Elle progresse et se développe, suivant des tendances et des directions qui lui sont extérieures. Où donc chercher ces directions ? Où leur trouver une base objective ? Telle est la question qui se pose, comme elle se posait déjà pour le problème, en quelque sorte préliminaire, relatif au conflit des lois... S'il arrivait, en effet que, par suite des rapports internationaux de plus en plus nombreux qui se créent en matière d'assurances sur la vie, et cela surtout à rai-

son des diversités de nationalité des compagnies, il se construit peu à peu une doctrine internationalisée, qui, sur les questions les plus importantes et les plus actuelles, dut tendre à se faire accepter comme une sorte de solution de droit commun international, — est-ce que la jurisprudence de chaque pays n'aurait pas là, pour orienter son interprétation une base objective tout à fait analogue à celle qu'elle accepte en fait de conflit des lois ? Cet exemple est assurément caractéristique, parce que d'une part, en droit français tout au moins, lorsqu'il s'agit d'assurances sur la vie les textes font défaut et que d'autre part, il s'agit là d'une matière qui se commercialise de plus en plus, et qui tend, par le fait même et comme spontanément, à une sorte d'unité internationale. Mais alors, ce qui est vrai des assurances, le serait également de toutes les matières de caractère commercial et presque, d'une façon générale, de toute la théorie des contrats et des obligations, ou plus exactement, de celle des actes juridiques » (1).—Ailleurs (2) il rappelle la tendance absolument universelle des enseignements du droit comparé de réserver à la femme mariée un patrimoine propre, composé de biens séparés et affectés aux dépenses domestiques particulières ou à son entretien personnel, et

1. *La fonction juridique du droit comparé*, loc. cit., pp. 170-171. Il donne le même exemple dans son « Rapport au Congrès », *Bull. Sté. lég. comp.*, 1899-1900, p. 402.

2. *Ecole historique et droit naturel*, loc. cit., p. 110, note 1. (L'exemple est pris en 1902, donc avant la loi du 13 juillet 1907).

cela, même sous le régime de communauté — tendance qui a guidé longtemps la jurisprudence et préparé lentement la voie législative, pour aboutir à la loi du 13 juillet 1907.

Voilà donc la mission du droit civil comparé. « Nos théories doctrinales sentiront l'attraction des réformes dont le droit comparé leur aura donné l'intuition ; et par le fait même, que nos théories se modifieront dans le sens des conceptions nouvelles que postulent ces réformes, par le fait même celles-ci se trouveront peu à peu préparées, le terrain sera devenu prêt à les recevoir. La doctrine avant tout et la jurisprudence aussi à sa suite, se seront pliées par avance aux changements de conception qu'impliquerait telle ou telle réforme souhaitée dans nos institutions. Il y aura phénomène d'attraction réciproque. L'institution dont on rêve l'introduction aura attiré à elle l'évolution de la doctrine, et c'est l'évolution de la doctrine qui ouvrira la voie à l'institution qu'elle réclame (1). » « Ce jour-là, dit-il encore (2), nous aurons fourni au juge les bases objectives dont il a besoin pour asseoir son jugement, et qu'il ne peut puiser en lui-même et dans ses appréciations individuelles. Ces bases il les trouvera dans les conceptions doctrinales qui tendront à réunir la majorité des auteurs et à traduire ainsi le sentiment général de l'opinion sur tel ou tel problème juridique. Le

1. *Droit civil et droit comparé, loc. cit.*, p. 32.

2. *Id.*, pp. 24-25.

jour où il se fera sur un problème donné une convergence d'opinions doctrinales, le juge n'aura plus qu'à conformer à ces conceptions nouvelles sa propre méthode d'interprétation. Car de cette façon il trouvera pour asseoir son jugement et consacrer un nouveau progrès économique ou social une base objective en dehors de lui, une base qui lui soit offerte par la construction doctrinale, désormais acceptée dans le domaine de la science juridique. En somme le péril d'arbitraire sera conjuré. Non seulement le juge trouvera ainsi des éléments objectifs sur lesquels asseoir son interprétation, mais en outre, il ne risquera plus de prendre par surprise les intérêts particuliers et d'ébranler les bases de la certitude juridique. »

On voit, de tout ce que nous avons dit, combien grande est la confiance de Raymond Saleilles dans l'action féconde du droit civil comparé. Et il ne se lasse pas de soutenir et de défendre son utilité incontestable. Nous trouvons jusque dans sa dernière grande étude « *Droit civil et droit comparé* (1) » exprimée la même confiance en de termes décisifs : il s'adresse à ses chers étudiants. Et combien son élan est grand, combien sa foi est ardente, quand il parle de l'« abondance de richesses » que le droit civil comparé va forcément introduire dans la construction même du droit civil, construction doctrinale

1. Publiée en 1911, *loc. cit.*, p. 32. Ce sont les paroles qui terminent cette belle étude.

d'abord, pour aboutir ensuite, et par là à l'interprétation jurisprudentielle. « Le droit comparé devient ainsi de plus en plus un des facteurs non plus inconscients, mais raisonnés et vraiment scientifiques de l'élaboration du droit civil. Et par là même aussi, il devient par la largeur des horizons qu'il découvre un des éléments d'attraction qui doivent séduire les esprits préoccupés avant tout des grands problèmes sociaux du temps présent. C'est lui qui nous aidera, plus encore que toute autre tentative de rénovation des méthodes et des disciplines, à relever le droit civil du discrédit dans lequel il tend à tomber, à lui donner une allure de plus en plus scientifique, à faire revivre, par la précision de ses données, en même temps que par la souplesse de ses détails cet esprit juridique dont nous déplorons l'abaissement et qu'il faut restaurer à tout prix. »

*
* . *

Il nous reste enfin, pour achever cette première partie de notre travail, à voir comment cette nouvelle science juridique doit être enseignée et quelles étaient à ce sujet les vues de Raymond Saleilles. Ce sera l'objet du chapitre suivant — le dernier du présent volume.

CHAPITRE IV

L'enseignement du droit civil comparé.

Sur cette dernière question nous ne possédons de Raymond Saleilles, à proprement parler, aucun travail *indépendant* qui la concerne expressément. Mais nous trouvons sans cesse dans l'œuvre du maître des indications précises et très utiles à ce propos, bien que toujours éparpillées. En laissant de côté ses autres articles, ses rapports au Congrès de 1900 et les discussions qu'il y a eues avec les autres membres, et ses cours de droit civil comparé de la Faculté de Paris, nous ne voyons Raymond Saleilles s'attarder un peu plus sur la question que deux fois en 1891, dans un de ses tout premiers articles : *Le droit commercial comparé* (1) et en 1902, dans une communication faite au Congrès d'Economie sociale : « Les méthodes d'enseignement du droit et l'éducation intellectuelle de la jeunesse (2), deux études que

1. *Contribution à l'étude des méthodes juridiques*, loc. cit., pp. 217-227.

2. *Revue Internationale de l'Enseignement*, loc. cit., pp. 313-326, notamment pp. 320 et sq.

nous avons souvent citées au cours de notre présent travail, et qui nous aideront à dégager les idées du maître. Nous utiliserons en même temps la dernière partie du savant rapport d'ensemble de M. Ed. Lambert (1), au Congrès, ainsi que la communication faite par M. Esmein au même Congrès sur l'enseignement du droit comparé (2).

* * *

Tout problème d'interprétation juridique soulève trois questions utiles, ou plutôt, se compose de trois facteurs essentiels, unanimement reconnus. Le premier « a trait aux procédés d'observation, qui tendent à mettre de plus en plus l'interprétation du droit en contact avec les réalités de la vie et par suite à rétablir la concordance entre la théorie et la pratique, de telle sorte qu'il ne soit plus permis à personne de se désintéresser des résultats de fait d'une doctrine ou d'une solution juridiques ». Le second « se réfère à cette constatation de plus en plus généralisée qu'il n'est plus possible aujourd'hui d'isoler le droit individuel de l'ensemble des relations sociales et encore moins de l'étudier sans tenir compte des sacrifices que lui impose l'harmonie générale des institutions préétablies ; à l'idée de responsabilité sociales'adjoin-

1. Procès-verbaux et Documents des Séances, t. I, pp. 53-60.

2. *Le Droit comparé et l'enseignement du droit.*, *id.*, pp. 445-457.

dra celle de la solidarité sociale. Enfin, le troisième « qui n'est que le corollaire des méthodes historiques qui depuis longtemps ont de haute lutte conquis le terrain, vise le principe d'évolution comparative du droit dont il est impossible de ne pas faire sa très large part, même en matière d'interprétation ; de telle sorte que quiconque est appelé à développer dans ses conséquences concrètes une disposition de droit positif, doit avoir conscience du devoir qui lui incombe de concourir au progrès du droit et à la construction juridique de l'avenir. C'est l'idée de progrès venant s'ajouter aux deux autres, dans le sens d'un concours individuel de chacun, praticien et théoricien, à la marche progressive et unificatrice du droit. Responsabilité, solidarité et progrès juridiques, telles sont les trois idées autour desquelles doit se faire l'éducation des esprits, par l'intermédiaire des méthodes scientifiques d'enseignement (1). »

Ces trois facteurs qui n'étaient pris en considération que devant le Parlement, à l'occasion d'une loi nouvelle à confectionner, doivent avoir aujourd'hui, et, en fait, occupent une large place dans l'enseignement du droit lui-même ; car ils sont d'une aide précieuse pour la bonne compréhension par l'étudiant, de cette délicate science du droit. Par l'un, d'après Raymond Saleilles (2), « l'étudiant apprend, au lieu

1. *Les Méthodes d'enseignement du droit*, loc. cit., pp. 320-321.

2. *Id.*, p. 328-329.

de se payer de mots, à se tenir en contact avec les faits, ce qui éveille en lui, avec l'apprentissage des bonnes méthodes, le sentiment de sa responsabilité sociale, pour chacune des solutions qu'il propose. Par l'autre, l'étudiant se pénètre, je ne dirai pas du devoir, car ce n'est pas un devoir mais un fait, de l'idée de solidarité qui régit avec les relations juridiques des hommes, l'étendue de leurs droits réciproques. Et par le troisième, il en arrive à se considérer comme un facteur inéluctable du progrès juridique de l'humanité ».

Laissons de côté les deux premiers facteurs et tâchons de nous rendre compte de la légitimité des titres qu'on fait valoir pour obtenir cette place prépondérante, cette situation privilégiée à l'enseignement du droit civil comparé, dans le cycle des études de droit civil.

Il y a d'abord un intérêt *social*. L'harmonisation des actions de la doctrine et de la jurisprudence internes, si bienfaisante pour la marche évolutive et l'amélioration du droit, ne peut s'accomplir que très lentement et très incomplètement, tant que le jurisconsulte et le magistrat n'ont reçu sur les bancs des facultés de droit, sinon une connaissance approfondie, du moins une initiation suffisante dans les principes du droit commun, dégagés par le droit civil comparé. Ce sont ces principes que l'enseignement du droit civil comparé emploiera pour « galvaniser » l'enseignement du droit civil lui-même. Et sur ce point, l'intérêt social se confond avec celui de l'éta-

diant en droit. Il y a longtemps déjà qu'on s'est aperçu de la faible action éducatrice des méthodes d'enseignement du droit civil. Elles ne permettent « de donner suffisamment à l'étudiant ni les connaissances professionnelles qu'il vient nous demander, ni la culture juridique supérieure que l'intérêt public exige que nous lui donnions pour le mettre en état de collaborer, comme magistrat ou comme écrivain, à l'œuvre d'accommodation continue du système juridique au milieu social, qui incombe à la doctrine et à la jurisprudence ». On a essayé, c'est certain, de briser le cadre étroit des dispositions du Code civil et des lois postérieures, par l'introduction, dans le domaine d'enseignement du droit, des disciplines nouvelles : l'histoire du droit, qui donne à l'étudiant le sens de la continuité des phénomènes juridiques, et les sciences économiques, qui l'initient aux besoins du milieu où le droit est destiné à vivre. Mais le résultat en ce qui concerne l'amélioration des méthodes d'enseignement du droit civil a été peu profitable, car ces nouvelles disciplines d'esprit ont très bientôt pris un développement considérable et sont devenues des branches indépendantes et distinctes, de la science juridique, presque sans pouvoir de réaction sur étroitesse du système. Ce n'est que le droit civil comparé qui permettra de suivre les mouvements spontanés du droit, de les comprendre et d'essayer de les diriger. C'est par son intermédiaire que la jurisprudence interne percevra en même temps que les étudiants tous les mouve-

ments de progrès qui s'accomplissent dans le domaine des sciences économiques et des sciences accessoires à celles-ci, et connaîtra l'histoire des institutions de droit privé, indispensable pour faciliter la meilleure compréhension de leur réglementation actuelle. De sorte que les étudiants seront plus vite et mieux habitués à utiliser constamment dans leurs études de droit civil les notions scientifiques qui leur sont fournies par les cours indiqués plus haut, et, par là, à comprendre l'unité intime des programmes d'enseignement du droit et la cohésion indiscutable qui existe entre ces branches diverses d'études juridiques. « Le débutant se familiariserait plus aisément avec les principes et les concepts juridiques sous la forme où ils lui sont exposés dans l'enseignement du droit civil comparé, éclairés par l'histoire de leur formation, par le rapprochement des concepts ou des principes différents admis dans les pays voisins, par l'analyse des raisons économiques et sociales qui les justifient » (1).

1. Comp. Lambert, rapport précité, p. 57 : « La comparaison continue des conceptions du présent et de celles du passé, permet à l'étudiant de mieux comprendre les unes et les autres. D'autre part, les grandes lignes de l'histoire de notre droit civil n'apparaissent dans toute leur netteté qu'autant qu'on rapproche notre évolution juridique de l'évolution parallèle des législations européennes, qui ont passé à peu près vers les mêmes époques, par les mêmes phases, qui ont de plus subi les mêmes influences germaniques, féodales, canoniques, romaines ; législations qui forment précisément la base principale du travail du comparatiste. Ce rapprochement fécond entre l'histoire de notre droit et celle des principales législations voisines est inévitable dans les cours de droit civil comparé ; car l'histoire de notre droit n'y

Il faut donc faire à l'enseignement du droit civil comparé, une large part dans les premières études même, de droit civil, il faut qu'il conquière dans les programmes au moins une place correspondante à sa réelle utilité. M. Lambert, en résumant les opinions exprimées au Congrès sur ce point, par Raymond Saleilles et les autres membres, pense qu'on devrait enseigner le droit civil comparé à côté du droit civil interne, pendant les trois années de licence, et ceci, non seulement dans les quelques Universités françaises qui l'enseignent à l'heure présente, mais dans le domaine de l'enseignement élémentaire du droit civil tout entier. « En doublant ainsi », écrit-il, la part assignée au droit civil (cours de licence) — au sens large du mot — sous les deux formes : droit civil interne, droit civil comparé, on donnerait à peine à ce groupe d'études la place matérielle et l'importance proportionnelle par rapport aux autres enseignements qui lui sont accordés en ce moment dans les Universités allemandes ; on rétablirait d'autre part, l'équilibre naturel de nos enseignements rompu par la pénétration d'une série de nouvelles disciplines d'esprit » (1). Et M. Lam-

figure que comme partie intégrante de l'histoire commune de ces législations. L'enseignement de l'histoire du droit privé, quoique donné incidemment au cours de droit civil comparé, s'y présente dans des conditions favorables entre toutes ».

1. Sur ce point, M. Esmein estime au contraire que l'enseignement direct et principal du droit civil comparé dans les années de licence ne saurait être d'un rendement appréciable pour l'éducation juridique des étudiants, et qu'il doit être fait seulement aux cours approfondis du doctorat. « La raison bien simple »,

bert trace un très fidèle et très saisissant tableau de l'état des choses à ce moment, en ce qui concerne cette question. Nous reproduirons ses paroles, exactes encore à l'heure présente et très conformes à la réalité des choses :

« Pendant que les enseignements économiques et politiques se multipliaient chez nous, le domaine du droit civil se restreignait de plus en plus. Il s'est restreint d'une double manière. D'une part, par suite d'une évolution dans les habitudes d'enseignement. Jadis, les cours de droit civil duraient une heure et demie ; peu à peu la durée de ces leçons s'est réduite, le plus souvent, à une heure. Le droit civil a ainsi perdu un tiers de la place qu'il occupait autrefois. Et surtout l'enseignement du droit civil a été exproprié sans compensation d'un élément important de son ancien domaine, par la transformation des cours de droit romain. Les cours de droit romain qui jadis duraient deux ans — cours exégétiques — étaient conçus comme une face spéciale de l'enseignement du droit civil ; le droit romain y était étudié comme la source commune de notre droit et les législations voisines, comme un moyen de dissiper

dit-il, « est que si le droit civil comparé a vraiment la portée didactique que nous lui attribuons, ceux-là seuls peuvent en profiter qui ont déjà sur une législation particulière, d'ailleurs quelconque, des connaissances d'ensemble, au moins élémentaires. Il en est du droit civil comparé comme de l'histoire du droit : pour faire ou suivre l'histoire d'un droit quelconque, comme pour comprendre le droit civil comparé, il faut d'abord être plus ou moins juristes, et c'est par cette nouvelle étude que l'on devient un juriste complet » (*Op. cit.*, p. 454).

les obscurités et de suppléer les lacunes de notre propre législation. A ce point de vue les cours exégétiques de droit romain jouaient par rapport aux cours de droit civil, un rôle analogue à celui que doivent prendre les cours de droit civil comparé. Le mouvement qui a provoqué leur remplacement par des cours d'histoire du droit romain, a entraîné un appauvrissement notable du domaine de l'enseignement du droit civil. Ce que nous réclamons, ce n'est pas, à vrai dire, une innovation, c'est un retour au passé. En établissant un cycle de trois années complètes d'étude du droit civil comparé, on restituerait seulement à cette forme supérieure de la science du droit civil, le terrain qu'elle a perdu sous ses deux formes anciennes, soit par l'abréviation de la durée des leçons de droit civil, soit par la disparition de ces cours exégétiques de droit romain, dont il serait juste que la succession fût recueillie par les cours de droit civil comparé, qui sont destinés à remplir avec plus de succès le même rôle d'instruments de rapprochement entre les diverses législations et de moyen de fécondation des jurisprudences internes » (*op. cit.*, p. 59). Nous nous rallions entièrement à ces propositions, persuadé de la nécessité de réalisation de ces souhaits, très légitimes pour l'amélioration des études de droit civil interne et pour un rendement réellement fécond de leur enseignement.

Nous voici arrivé à la fin de notre étude. Nous croyons avoir exposé sans trop la dénaturer la pensée du maître sur toutes les questions si déli-

cates et si subtiles que nous venons d'analyser. Nous nous proposons, ainsi que nous l'avons déjà indiqué dans l'introduction, d'examiner ultérieurement dans un second volume, l'application que Raymond Saleilles a faite de ses conceptions, dans les différentes branches d'étude de droit civil comparé qu'il a particulièrement approfondies, notamment les brillantes et maîtresses études sur le Code civil allemand, sur la théorie des obligations dans ce Code, sur la théorie de la déclaration de volonté et sur celle de la personnalité morale.

Vu : le Doyen

F. LARNAUDE

Vu : le Président de la thèse

ALBERT WAHL

Vu et permis d'imprimer
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

L. POINCARÉ

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION	7-11
La vie et la carrière de Raymond Saleilles.....	13-17
Bibliographie des travaux publiés par Raymond Saleilles, dans le domaine du droit civil comparé : I. — Travaux concernant les questions étudiées dans le présent volume.	19-22
II. — Travaux concernant les questions que nous étudierons ultérieurement, dans l'œuvre de Raymond Saleilles.....	22-26
Sujets traités par Raymond Saleilles dans ses cours de droit civil comparé à la Faculté de Droit de l'Université de Paris.....	26
Essai sur l'histoire de la science du droit civil com- paré.....	27-39

PREMIÈRE PARTIE

CHAPITRE PREMIER. — Conception générale, domaine et objet du droit civil comparé.....	43-65
CHAPITRE II. — La fonction juridique du droit civil comparé.....	66-91
CHAPITRE III. — La méthode d'interprétation du droit civil comparé.....	92-117
CHAPITRE IV. — L'enseignement du droit civil comparé.....	118-127
TABLE DES MATIÈRES.....	129-130

Imp. JOUVE et C^{ie}, 15, rue Racine, Paris — 5033-19
